This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 207 643

GER
916
KUE

Digitized by Google

Bd. Dec. 1932

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 12. 1921

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Grundschuld

des Entwurfs

eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Kritisch-dogmatische Darstellung

von

L. Kühnast,

Königlichem Landrichter in Gnesen.

Berlin 1888.

Verlag von Hermann Bahr.

ER
9/6
KIE

Digitized by Google

For TX
K951

MAY 12 1921

Digitized by Google

251
2

Kritik.

Digitized by Google

Digitized by Google

Die eigenartigste Grundschuldtheorie ist die von Bremer mit einer kritischen Berücksichtigung des preußischen Gesetzentwurfs aufgestellte Werthrechtstheorie, nach welcher ein dingliches Recht auf Verwerthung der Sache und Aneignung des Erlöses ohne alle Beziehung zu einem persönlichen Schuldverhältniß statuirt wird.

Als Vorläufer von Bremer ist bereits Dankwardt zu nennen, welcher schon früher auszuführen versucht hatte*), daß der ihm nur so genannte Realkredit kein Kredit sei, daß vielmehr in der Entstehung einer hypothekarischen Forderung ein Austausch von Werthen liege, indem der Pseudo-Pfandgläubiger gegen den von ihm gegebenen Werth einen anderen Werth zurückerhalte. Die Geltendmachung des Pfandrechts ist nach Dankwardt nichts als eine Realisirung dieses schon vorher aus dem Vermögen des Pfandschuldners ausgeschiedenen Werths, die actio hypothecaria erscheint ihm als Vindikation eines Werths also, daß der Pfandgläubiger auch im Konkurse des Pfandschuldners die Eigenschaft eines Vindikanten trage.

Bremer's Werthrecht sucht folgenden Platz im System**): Das Eigenthumsrecht sei sowohl auf die Nutzung, als auch auf die Verwerthung der Sache gerichtet, die Servitut nur auf die

*) Dankwardt, National-Oekonomie und Jurisprudenz. Heft 3. Rostock 1858 S. 48, 49. Dankwardt, national-ökonomisch-civilistische Studien (Bd. I), Leipzig 1862 S. 60.

**) Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869. S. 63.

Digitized by Google

Nutzung, das Pfandrecht nur auf die Verwerthung. Während der Eigenthümer in seinem Recht beide Befugnisse vereinige und also an seiner eigenen Sache nicht noch eine Servitut oder ein Pfandrecht haben könne, sei es sehr wohl denkbar, daß der Eigenthümer, der einem Anderen eine Servitut bestellt, und daß der Eigenthümer, der einem Anderen ein Pfandrecht bestellt, sich selbst im Voraus einen Theil des Werths reservire. Er habe dann weder eine Servitut noch ein Pfandrecht, sondern nur sein Eigenthum gegenüber dem kollidirenden Recht eines Anderen innerhalb gewisser Grenzen geschützt. Mit dem Eigenthum, als auf die Nutzung gerichteten Recht, sei die Servitut, mit dem Eigenthum, als auf die Verwerthung gerichteten Recht, sei das Pfandrecht und das Werthrecht auf das Engste verwandt. Kinder eines und desselben Rechtsgedankens: des Rechts auf den Werth der Sache sei das Pfandrecht, das Werthrecht und die Hypothek an der eigenen Sache.

Bremer ist Windscheid*) beigetreten. Schon das römische Recht habe die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen nicht unversehrt durchgeführt. Wenn es in den bekannten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annehme, so thue es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung. In Wirklichkeit lasse es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Recht nur schüchtern betretenen Wege sei das moderne Hypothekenrecht im Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher weiter gegangen. Nicht nur habe es das, was im römischen Recht für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt sei, zur Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig erklärt von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, sondern es habe in neueren Gesetzen selbst den, im römischen Recht auch nur des mindesten Anhalts entbehrenden Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedürfe. In dieser Entwicklung sei das Pfandrecht ein selbst-

*) Windscheid, Pandekten. 5. Aufl. Bd. I. § 225.

Digitized by Google

ständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerths einer Sache geworden.

Man pflegt die Bremer'sche Theorie mit der widersinnigen Konsequenz abzufertigen, daß sie die Zahlungsleistung des Eigenthümers nicht als eine Verpflichtung desselben begründen könne, da der Inhalt eines solchen Werthrechts nicht auf Zahlung, sondern nur auf Verwerthung des Grundstücks gehe. Und in der That vermag Bremer den Nachtheil der mora accipiendi nicht zu erklären.

Es ist aber auch natürlich, daß die Etablirung eines Rechts von gleicher Struktur, wie das römische Pfandrecht, dem aber der accessorische Character fehlt, der die begriffliche Voraussetzung des Pfandrechts ist, sich in den Rechts-Extremitäten nicht bewähren kann. Eine Verzinsung des veräußerten Werths ist grundlos. Bremer erklärt denn auch die Vereinbarung, daß der Eigenthümer einen Theil der Früchte (eventuell in Geld) an den Werthberechtigten herausgebe, nur für rationell insofern, als die Sache, welche die Trägerin des Werths sei, Früchte trage. Die Vereinbarung wäre also rein accidentiell und ohne alle organische Verbindung mit dem Werthrecht.

Bähr hat den Grundschuldbrief einen auf das Grundeigenthum ausgestellten Wechsel, einen dinglichen Wechsel genannt, den die Bauern auf ihre Grundstücke ziehen oder vielmehr nicht ziehen sollen. Dernburg und Hinrichs*) beschreiben die Grundschuld als eine selbstständige, in blanco cedirbare, an den Grundschuldbrief geknüpfte, als eine (welche?) Art von Wechsel, als eine mit dinglicher Sicherheit gedachte Belastung des Grundstücks mit einer Summenschuld.

Die Analogie soll von vornherein nur dann zutreffen, wenn ein Wechsel ausgestellt wird, um die Erfüllung einer materiellen Schuldverbindlichkeit zu sichern, indem dann die Ausstellung oder Acceptation des Wechsels „in Wirklichkeit" den Charakter einer accessorischen Stipulation habe, und also auch die Hypothek in

*) Dernburg u. Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht. Bd. I, Leipzig 1877 S. 62.

Digitized by Google

ihrem Zweck eine accessorische Stipulation, in ihrer formellen Begründung selbstständig sein soll. Schon in dieser Beschränkung offenbart die Analogie ihre Schwäche. Für die Grundschuld des Eigenthümers, das treibende Element des ganzen Gebildes, beweist sie garnichts.

Der Wechsel trägt den Verpflichtungswillen, der Grundschuldbrief nicht, weil ein persönlicher Verpflichtungswille die Grundschuld unmittelbar überhaupt nicht creirt. Mit keiner Silbe deutet die Bewilligung der Eintragung einer Grundschuld die Uebernahme einer persönlichen Verpflichtung an. Das Formular des Grundschuldbriefs läßt sich garnicht — wie Bähr*) es versucht — in ein praktisches Deutsch dahin übersetzen, daß der Eigenthümer bekennt, mittelst des Grundstücks die Summe zu schulden, weil derartige formelle und darum in jeder Silbe bedeutungsvolle Erklärungen lediglich in ihrer Ursprache gefaßt werden können.

Wie wäre die Haft des Eigenthümers vermittelst des Grundstücks civilistisch zu erklären? Ist das Grundstück das Mittel der Haft, dann fällt ihm eine immer erst zu definirende Hauptfunktion für die Obligation zu, welche durch das Dogma von der Exigibilitätsbeschränkung jedenfalls nicht erklärt wird.

Man hat dieses Dogma durch den Hinweis zu stützen versucht, daß der moderne Rechtssinn es liebe, Vermögensobjekte um der in ihnen gelegenen Realsicherheit willen so hervorzudrängen, daß in ihrer Existenz und in ihrem Werthinhalt die begründete Verbindlichkeit gleichsam sich thatsächlich erschöpft, sie somit gewissermaßen selbst als Schuldner und das wirkliche Schuldner-Individuum gleichsam nur als Repräsentant der im Vordergrunde stehenden Vermögensobjekte vorgestellt werde**). Dergleichen Bild- und Gleichnißwerk ist aber ein Abfall vom ersten Gebot juristischer Analyse; denn die bloße rechtssinnliche Liebe ist ebensowenig ein juristisches Princip, wie die effektvollste Scenerie

*) Bähr, die Preuß. Gesetzentwürfe über die Rechte am Grundvermögen. Jena 1870. S. 102.

**) Kuntze, Inhaberpapiere. Leipzig 1857. S. 505.

Digitized by Google

eines Vordergrundes und eines Hintergrundes. Diese Scenerie blendet die Aussicht dahin, wo das juristische Residuum bleibt, das die thatsächliche Erschöpfung der Obligation im Hintergrunde läßt. Daß die Beschränkung der Exekution nicht den Bestand der Obligation tangirt, beweist der Uebergang derselben auf den Benefizialerben und die Aufhebung der Schuldhaft. Wenn die Exekution auch noch so beschränkt ist, bleibt der Obligationswille absolut gebunden. Das Dogma von der Exigibilitätsbeschränkung ist auch offenbar kein civilistisch-struktives Princip. Es sucht das civilistische Phänomen durch ein heterogenes, prozessuales, das heißt publizistisches Element zu erklären. Begrifflich bedeutet die Beschränkung der persönlichen Haft das prinzipale Anerkenntniß ihres vollen civilistischen Bestandes.

Wo selbst thatsächlich die Exigibilitätsbeschränkung zu finden, ist unerfindlich, falls hier nicht das Gesetz das Recht ersetzen soll. Die formelle Erklärung: ich bewillige die Eintragung einer Grundschuld von Tausend — deutet solche Beschränkung so wenig an, wie die Konstituirung einer persönlichen Obligation überhaupt.

Eine fingirte Klausel einer fingirten Willenserklärung — zwei Fiktionen, aus denen die Grundlinien der Rechtsfigur entstehen sollen — das ist das Geheimniß des Dogmas von der Exigibilitätsbeschränkung in seiner Bedeutung für die Grundschuld.

Der Wechselzug des Eigenthümers auf sein Grundstück kann nur durch offene und ehrliche Personifizirung des Grundstücks gehalten werden.

Es ist diese Idee uralt und trotz aller Widerlegungen im Privatrecht wie im Staatsrecht immer wieder aufgetaucht. Wie sie hier den Zwecken einer angeblich organischen, im Grunde trotz aller Mystik in manchen wichtigen Punkten recht mechanischen Staatslehre eines Adam Müller dienstbar wurde, so hat sie dort die verschiedensten rechtsrettenden Thaten vollbringen sollen. Zur Konstruktion von Reallasten wurde sie von einer Reihe von Juristen, von Pothier herab bis auf Dankwardt, verwandt; Heise erklärte das Grundstück auch in Betreff der

Digitized by Google

Servituten für eine juristische Person, Böcking bezeichnet beide Grundstücke als das berechtigte und verpflichtete Subjekt, Dankwardt hält es keines Beweises bedürftig, daß die römischen Juristen sich die an einander stoßenden Grundstücke als Personen gedacht haben. Tschierpe faßt das Grundstück auf als Subjekt der auf demselben ruhenden Mecklenburgischen Hypothek, eine Auffassung, die zeitweise von dem Ober-Appellationsgericht zu Rostock getheilt sein soll. W. Hartmann nennt einmal die actio hypothecaria die dingliche Klage gegen das Grundstück als Träger der Verpflichtung.

Vergiebt man einmal die Persönlichkeit an ein Immobile, warum nicht auch an ein Mobile?

Allerdings erklären Volkmar und Löwy den Wechsel für den Gläubiger, für den Träger eines subjektiv dinglichen Rechts, eines aktiven Realrechts. Der Aussteller mache sich somit zum Schuldner seines Papiers.*) In der That hat E. J. Bekker**) die Geldpapiere zu Rechtssubjekten erhoben, deren Inhaber gleichsam als jus possessionis nur die Befugniß haben sollen, das aktive Realrecht, das nicht ihr Recht wird, als Vertreter des Papiers (procuratores in rem suam) geltend zu machen. Die umgekehrte Verallgemeinerung dieser Mystik liegt in der neueren Auffassung des römischen Pfandrechts als einer Forderung gegen eine verpfändete Sache.

Wollte man kombiniren, so käme man zu einer Obligation, deren Gläubiger der in blanco abgetretene Grundschuldbrief, deren Schuldner das Grundstück.

Die Personifikationsidee ist mit den thatsächlichen Vorgängen des Rechtslebens ebenso unvereinbar, wie mit dem Begriff des Eigenthums und der juristischen Persönlichkeit. Die Repräsentation ist nach Brinz's scharfer Formel die Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach. Noch niemals dürfte ein Grundeigner die nothwendige Rechts-

*) Vgl. Hartmann, Wechselrecht. Berl. 1869, S. 80.

**) Die Geldpapiere in Bekker u. Muther, Jahrb. Bd. 1, S. 266 flg, 292. 293.

Digitized by Google

absicht gehabt haben, als Vertreter seines Grundstücks zu handeln. Ein Grundeigner, der eine Grundschuld auf seinen Namen eintragen läßt, kann diese Absicht aus dem einfachen Grunde niemals gehabt haben, weil Niemand zwei einander gegenüberstehende Personen vorstellen kann. Wenn ferner der Vertreter der juristischen Person Rechte an ihrem Vermögen hat, so sind dieselben gesetzlich oder stiftungsmäßig limitirt. Anders das Eigenthumsrecht. Die Stellung des Eigenthümers als eines Vertreters der juristischen Person des Grundstücks ist also ein Widerspruch. Mit der Idee der Person ist endlich sofort eine „produktive und gestaltende Kraft", die Rechtskapazität gesetzt, die ohne eine ganze Rechtssphäre nicht zu denken ist. Die Beschränkung der Persönlichkeit auf ein einzelnes Rechtsverhältniß, und noch dazu auf eine einzelne Grundschuld, würde ein Personenproletariat schlimmster Kategorie heraufbeschwören.

Bähr's Kritik des Entwurfs hat das Verdienst, den Begriff des römischen Formalakts für die moderne Hypothek zu verwerthen. Ob es ihm gelungen, den problematischen Zusammenhang des modernen Gebildes mit dem römischen Pfandrecht einerseits und andererseits der Realobligation zur Gewißheit zu erheben, ist fragwürdig.

Wenn die reine Realobligation sich in der Person des Besitzers der Hypothek römisch-rechtlich wirklich dadurch konstruiren sollte, daß der dingliche Schuldner auf die ihm nach Nov. 4. c. 2 zustehende exceptio excussionis verzichtet, der persönliche Schuldner dagegen für seine Person ein pactum de non petendo eingeht, so würde die Gleichheit der äußeren Rechtsfolgen den inneren Organismus der einheitlich zu denkenden Realobligation um so weniger erklären, als zwei Momente durch Akte der Willkür (das sind Verzichte) eliminirt werden müssen. Man sieht von vorn herein: diese römische Realobligation ist nicht aus ganzem Holze geschnitten.

Man darf aber zweifeln, ob jene Verzichte wirklich zu dieser Konstruktion ausreichen, ob das pactum de non petendo, das ohne Konsumtionskraft lediglich als äußere Thatsache eine exceptio

Digitized by Google

doli giebt, die den Inhalt und Bestand der Obligation nicht berührt, nicht blos die Befreiung des Schuldners von dem Gläubiger bedeutet, ohne daß mit der Obligation selbst etwas vorgenommen wird, die Obligation mithin für das Pfand bestehen bleibt.

Das logische Räthsel der Realobligation soll sich einfach dahin lösen, daß bei derselben der jeweilige Eigenthümer eines Grundstücks mit diesem Grundstück hafte, daß die Hypothek in diesem Sinne nichts anderes sei, als die Forderung selbst in ihrer Richtung auf ein besonderes, mit dinglicher Kraft erfaßtes Exekutions-Objekt. Was ist das Positive dieser dinglichen Kraft? Die negative Exigibilitätsbeschränkung gewiß nicht. Warum äußert sich diese dingliche Kraft nur Grundstücken gegenüber? Warum können nicht auch beliebige andere Vermögensstücke als Mittel der Haft ihrer Eigenthümer isolirt werden?

Colberg*) behauptet, daß es rechtlich völlig zulässig sei, einen Darlehnsvertrag dahin abzuschließen, daß der Schuldner nur mit seinem Grundstück oder mit einem sonstigen einzelnen Vermögensstück für die Rückgabe haften solle, und daß seine Verpflichtung eine obligatorische, diese Haftung des einzigen Objekts aber dinglicher Natur wäre.

Zulässig ist eine solche Abrede gewiß, nur stellt sie keinen einfachen obligatorischen Thatbestand dar. Der juristischen Auffassung erscheint diese Abrede vielmehr als ein Doppeltes: als ein Darlehnsvertrag einerseits und andererseits als ein pactum adjectum de non aliter exequendo. Läßt sich auch dieses Rechtsverhältniß im Urtheil einfach dahin fixiren: daß Verklagter schuldig, die Darlehnssumme zu zahlen, zur Vermeidung der Exekution in dieses bestimmte einzelne Vermögensstück, so ist das Rechtsverhältniß immer kein einfaches, und die Exekution keine Realisirung einer besonderen Dinglichkeit, sondern der allgemeine, nur durch besondere Parteiabrede beschränkte Exekutionszwang. In der That hat Colberg eine Analyse der dinglichen Natur dieser Haftung

*) Colberg, über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens in Beziehung auf den Erwerb von Hypotheken und Grundschulden, Halle 1877. S. 60.

Digitized by Google

des einzelnen Exekutionsobjekts nicht einmal versucht. Es hat das Bewenden dabei, daß eine persönliche Haft mittels eines sachlichen Mediums ein innerer Widerspruch ist.

Bähr illustrirt die dingliche Haft durch die Parallele, daß eben so gut, wie die dingliche Haft sich in der Person des dritten Besitzers des Grundstücks verselbständigt, so gut die dingliche Schuld von vornherein selbständig hingestellt und übernommen werden könne. Diese Parallele ist eine Formulirung des eigentlichen thema probandum. Eine Verselbständigung der Hypothek in der Person des dritten Besitzers könnte nur mit der Annahme bestehen, daß mit dem Pfandrecht eine eigene neue Nebenobligation des Sachbesitzers als solchen entstehe, welche, als nur in der Pfandrechtsmacht wurzelnd, und nur durch sie indirekt auf Zahlung wirkend, als eine blos naturale erschiene. Unzweifelhaft ist diese, für denkbar erklärte Auffassung nicht die der römischen Jurisprudenz. *) Das römische Pfandrecht tritt nur um eines daneben stehenden Hauptrechts willen in das Leben. **) Darum nennen die Römer das Pfandrecht eine Accession der Forderung und es stellt Ulpian dasselbe in l. 43 D. de solut. 46, 3 trotz aller äußeren Verschiedenheiten um dieses gemeinsamen Lebensprinzips willen mit der Bürgschaft zusammen. Darum bezeichnen die Römer den Pfandberechtigten so oft einfach als creditor. Entspringt diese Nebenobligation endlich aus der Macht des Pfandrechts, dann hat sie eben die Pfandrechtsmacht zu ihrer Voraussetzung, welche ihrerseits wieder ohne Obligation nicht zu denken ist. „Das römische Pfandrecht ist ein Mittel für ein außerhalb liegendes ökonomisch-juristisches Ziel. Wo der Zweck fehlt, hat das Mittel als solches weder Sinn noch Existenzberechtigung." ***)

Die Bähr'sche Parallele schwächt sich in der Thatsache ab, daß das Petitum der hypothekarischen Klage ganz dem der rei vindicato nachgebildet ist, daß der dritte Besitzer nicht zu einer

*) Hartmann, Obligation. Erl. 1875. S. 147.

**) Dernburg, Pfandrecht Bd. I, Lpzg. 1860. S. 514.

***) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Lpzg. 1873. S. 190.

Digitized by Google

persönlichen Leistung verpflichtet ist, sondern der Pfandgläubiger nur einen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes hat. Ist es doch die Eigenthumsklage selbst, welche dem Pfandberechtigten utiliter gegeben worden. So nennt Julian in fr. 16 D. de serv. 8, 1 die actio hypothecaria eine ipsius fundi utilis petitio. So wird auch in l. 2 Cod. de quadr. praescr. 7, 37 die dingliche Klage des Pfandberechtigten mit der Vindikation des Eigenthümers zusammengestellt in den Worten: actiones in rem, dominii vel hypothecae gratia.

Eine historische Sicherung des Begriffs der Realobligation ist noch auf einem anderen Gebiet versucht worden.

Nachdem Stobbe in seiner Abhandlung zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufs*) darauf hingewiesen, daß das deutsche Recht die beschränkte Haftbarkeit des Schuldners nicht blos beim Rentenkauf kenne, für den sie Albrecht und Duncker längst nachgewiesen hatten, sondern auch in anderen obligatorischen Verhältnissen, daß insbesondere (da Lehnsschulden und Verbodmung als Spezialrechte hier nicht interessiren) dann, wenn einem Gläubiger ein Grundstück für eine Schuld verpfändet sei, der Gläubiger sich nach einer Anzahl von Quellen nur an dieses, nach Zerstörung des Gebäudes nur an den Grund und Boden und an die Trümmer des Gebäudes halten könne, ohne einen weiteren persönlichen Anspruch, daß die Forderung untergegangen, wenn Thiere — und nach einzelnen Quellen — auch andere bewegliche Sachen zum Pfand gegeben, sobald das Thier beim Gläubiger gestorben oder das Pfand sonst untergegangen, unternahm es v. Meibom**), eine allgemeine Lehre von Realschulden zu entwickeln, welche Obligationen sein sollen mit den Besonderheiten, daß einmal Schuldner jeder Besitzer der Sache sei, welche letztere nur die Nebenfunktion als Mittel zur Bestimmung der Person des Schuldners erfülle, sodann, daß die Verbindlichkeit nur die Sache oder (was dasselbe bedeuten soll!) den Besitzer als solchen

*) Zeitschr. f. deutsch. R. Band 19, S. 178 flg.

**) Bekker und Muther, Jahrb. 4, S. 442 flg.

Digitized by Google

ergreife, also daß der Erwerber die Freiheit behalte, durch Aufgabe der Sache sich der Schuld zu entledigen.

Der geringste Vorwurf, den diese Theorie erfahren, ist die „amphibienartige Natur" dieser „Unholde", wie die Realschulden anderwärts genannt sind. Sind doch Amphibien auch organische Wesen.

Unter Anwendung des üblichen Rezepts, daß der Grundschuld des Eigenthümers auf Kosten der Theorie eine Ausnahmestellung konzedirt sei, würde diese Theorie für die Konstruktion der Grundschuld den schätzbarsten Anhalt bieten, da das Prinzip der absolut freien Radizirung aller beliebigen Obligationsverhältnisse auf Grund und Boden die Abstraktion von der causa specialis selbstredend vertragen müßte.

Indessen ist die eigentliche historische Grundlage dieser Theorie, welche in der Natur des alten Pfandrechts liegt, bestritten*), und da die Rentenrechte unzweifelhaft Reallasten sind, das Institut der Realschuld aber einen entschiedenen Gegensatz zu den Reallasten bilden soll, so kann v. Meibom die für das Rentenrecht, das auch er für ein dingliches Recht erklärt, ausgebildeten Sätze nicht benutzen, um mit ihrer Hilfe ein durchaus gegensätzliches Institut zu stützen.

Was noch schwerer wiegt, ist das, daß v. Meibom eine Analyse seiner Realschuld nicht gelungen ist. Als solide civilistische Konstruktion eines solchen Gebildes, das, wenn es jemals historisch gewesen, unzweifelhaft deutschen Rechtes ist, kann der Aufbau der Fundamentalsätze desselben an der römischen Theorie der Noxalklagen nicht gelten. Dieser Bau konnte darum nicht gelingen. In der That haftet der Schuldner bei der Noxalschuld mit seinem ganzen Vermögen, und es erlischt seine Verpflichtung durch Hingabe der Sache ohne Unterschied, ob der Schade, den jene verursacht hat, ihren Werth übersteigt oder untersteigt. Hingegen tritt der Renten- und Satzungs-Gläubiger in ein Verhältniß zu

*) v. Gerber, Reallast oder Grundschuld in Jahrb. von Gerber und Ihering Band 6, S. 266 flg.

Digitized by Google

der Sache selbst, welches ein unmittelbareres ist, als das eines äußerlichen Piedestals.

So bleibt nach wie vor der Zweifel, ob die Realobligation das Wort ist, das sich einstellt, wenn der Begriff fehlt, oder ob es das Wort ist, das nicht selten gerade bei den schwierigsten Untersuchungen dem Gedanken vorauseilt.

Förster's Formalrecht auf die Leistung einer Summe, welche dem Eigenthümer desjenigen Grundstücks obliegt, dessen Werth zur Sicherung der Leistung eingesetzt ist, stellt sich als dingliches Recht dar*). Neben dem dinglichen Recht oder in demselben statuirt Förster die Formalobligation**), bezeichnet auch einmal das durch die Grundschuld dinglich zu sichernde Recht als Summenversprechen.

Es ist zu bedauern, daß das Verhältniß und der Konnex des dinglichen und des obligatorischen Moments von dem berufensten Vertreter preußischer Rechtswissenschaft und Gesetzgebung einer näheren Auseinandersetzung nicht unterzogen ist.

Leider nur Skizze sind auch die Andeutungen Gustav Hartmann's, der Förster's Definition ohne Vorbehalt annimmt, die Annahme einer wahren Obligation, eines Gläubigers und eines Forderungsrechts für unvermeidlich erklärt, der ebenso bestimmt den Charakter des Rechts am Grundstück als eines dinglichen Rechts betont, das sofort vermöge des rechtlichen Banns seine Kraft und Spitze gegen die unbestimmte Menge aller derer kehrt, welche später in rechtliche Beziehungen zur Sache treten; und den Konnex des dinglichen und obligatorischen Moments in der juristischen Möglichkeit findet, ein dingliches Recht gerade so gut für sich allein als äußere Sanktion und eventuelles Zahlungsmittel zur Sicherung eines bestimmten Bekommensollens zu verwenden, wie sonst für sich allein die persönliche Haftung. Die Obligation, ruhend auf dem abstrakten Summenversprechen, stecke hinter dem dinglichen Recht wie hinter ihrem

*) Förster, Preußisches Grundbuchrecht. Berl. 1872, S. 139.
**) Ebendaselbst, S. 141, 138.

Digitized by Google

Außenwerk. Das Forderungsrecht bestehe hier nicht als dingliches Recht, sondern nur kraft der Sanktion durch ein mit ihm verknüpftes dingliches Recht, indem das, auf seine formalen Voraussetzungen selbstständig basirte, dingliche Recht implicite den Bestand des dahinter steckenden Forderungsrechts als einer bloßen Formalobligation aufrecht halte*).

Daß der Wille die Fähigkeit hat, das obligatorische Versprechen von seiner causa specialis**) zu isoliren, ist unzweifelhaft. Die Giltigkeit eines solchen Vertrages ist nicht einmal etwas Besonderes, Ausnahmsweises***). Im Gegentheil gewöhnen wir uns mehr und mehr, die Wirksamkeit rein formeller Verträge anzuerkennen. Schon auf dem Wege der Interpretation versuchte die neuere Jurisprudenz und Judikatur, dem Bedürfniß des Geschäftslebens gemäß, dem absoluten Verpflichtungswillen als solchem rechtsverbindliche Kraft beizulegen.

Indessen stehen die einfachsten Bedenken entgegen, die Grundschuld in das Formal-Obligationen-System zu stellen.

Hier entsteht das abstrakte Forderungsrecht aus der sua vi ac potestate wirkenden Konstituirung eines nomen, bei der Grundschuld aus der Eintragung. Daß die Bewilligung der Eintragung der Grundschuld unmittelbar kein nomen konstituirt, ist unzweifelhaft. Die Form ist es, die positiv konstituiren soll. Die Form müßte also den Konstituirungswillen unzweideutig enthalten. Versprochen wird nun aber einmal durch den Akt der Bestellung nichts.

---

*) Hartmann, Die Obligation. Erl. 1875, S. 140.

**) Auch die abstrakte Obligation ist nicht sine causa. Ohne causa ist die obligatio immer inefficax. Kuntze, Inhaberpapiere, S. 172, Anm. 5. Was als eine juristisch genügende, von menschlicher potestas ausgehende Thatsache auftreten soll — sagt Leist, dogmatische Analyse röm. Rechtsinstitute, Jena 1854, S. 55 — muß aus einem äußerlichen (formellen) und einem innerlichen (materiellen) Element bestehen. Corpus und animus bei der Besitzergreifung, die äußere That und der Wille bei der Begründung des Domizils, Uebergabe der Sache und justa causa bei der Tradition, formelle und (richtig verstanden) materielle causa bei obligatorischen Verträgen u. s. w.

***) Unger, Inhaberpapiere. Lpzg. 1857, S. 70.

Digitized by Google

Ruht die Obligation auf einem abstrakten Summenversprechen, so ruht sie auf einem Vertrage. Auch der formelle Vertrag ist immer Vertrag, das heißt acceptirtes Versprechen*). Wo ist das Accept bei der Uebertragung der Grundschuld des Eigenthümers zu finden? Wo liegt die Zusammenschließung des abstrakten Willens der Parteien bei der Auflassung an Jemand, der zufällig nicht weiß, daß für den Auflassenden als Eigenthümer eine Grundschuld eingetragen ist. Wo liegt das Accept bei der auf einen fremden Namen ohne Wissen des Gläubigers eingetragenen Grundschuld, und wie soll vor Allem der Eigenthümer mit sich selbst die Formal-Obligation kontrahiren? Das Recht der Grundschuld war in allen diesen Fällen durch die Eintragung entstanden.

Ruht die Obligation wirklich auf einem Summenversprechen, besteht wirklich eine Obligation, so ist immer noch zu erklären, wie der spätere Eigenthumswechsel den Zahlungswillen des Versprechenden liberirt, wie der Zahlungswille durch die Beschränkung der Haft auf das Grundstück gespalten werden kann, und warum für den die Grundschuld konstituirenden Eigenthümer selbst dann, wenn man eine Beschränkung der Haft annimmt, nicht immer noch nach dem Besitzwechsel eine klagbare und zahlbare, nur exekutionslose Obligation verbleibt. Das Fazit ist, daß die Grundschuld keine Formal-Obligation ist, und daß ein sicherndes Recht nur dann zur Existenz gelangt, wenn ein zu sicherndes Recht da ist, daß sich — ein Nichts nun einmal nicht sichern läßt.

Und wäre alledem nicht so, immer müßte man auch bei einer Kombination der Realschuldtheorie oder des Dogmas von der Exigibilitätsbeschränkung mit der Abstraktion vom Kausalbezug der Grundschuld des Eigenthümers ihre angebliche Anomalie belassen.

Voß**) scheidet die eigentliche Grundschuld von der uneigent-

*) Unger, Inhaberpapiere. Lpzg. 1857, S. 85. Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Auflage. Kassel 1867, S. 17, Anm. 1.

**) Zeitschrift von Behrend und Dahn, Band 8, S. 477 flg.

Digitized by Google

lichen Grundschuld. Die eigentliche Grundschuld sei ein dingliches Recht zur Sicherung einer nur durch die eingetragene Summe nebst Zubehör inhaltlich bestimmten Zahlungsverbindlichkeit also, daß das obligatorische Moment sich kraft gesetzlicher Bestimmung an die Thatsache des erworbenen dinglichen Rechts, beziehungsweise passiv an das Eigenthum als Zustandsobligation anknüpft, daß der eingetragene Grundschuldgläubiger und der eingetragene Eigenthümer nur der mögliche Gläubiger und Schuldner sind, und die Fixirung der Obligation für die Haupt- und Zinsverbindlichkeit erst durch besondere Thatsachen: Zahlungsaufforderung, Angebot, Kündigung, Zwangsversteigerung eintritt. Wie das Pfandrecht, dem es als Sicherungsmittel parallel gehe, sei die Grundschuld in zwei begrifflich trennbare Bestandtheile zu zerlegen, das obligatorische Moment sei aber auch selbst nicht einheitlich, sondern zerfalle in zwei verschiedene Obligationen, eine Haupt- und eine Zinsobligation. In der Form gleich, im Inhalt wesentlich verschieden, sei die uneigentliche Grundschuld des Eigenthümers so verschieden, daß der Form zu Liebe die Eintragung von dem Inhalt des eingetragenen Rechts abweicht: ein zur grundbuchmäßigen Selbständigkeit erhobener Inbegriff von Eigenthumsbefugnissen, ein Vorbehalt von Anschlußrechten, welcher, auf einen bestimmten Geldwerth veranschlagt, der Verfügung des Eigenthümers nur in der grundbuchmäßigen Form unterliegt. Es ist also die Form, der zu Liebe die Zinsen und die Rückzahlungsbestimmungen der Eigenthümer-Grundschuld eingetragen werden.

Zuvörderst ist zu konstatiren, daß die Eintheilung des Rechtskörpers in einen eigentlichen und einen uneigentlichen auch hier wieder einmal eine Unterscheidung in Etwas, was er ist, und Etwas, was er nicht ist, bedeutet. Diese Unterscheidung ist allemal ein theoretischer Nothbehelf, wie die Berufung an die gesetzliche Bestimmung, kraft der die Obligation an die Thatsache der Eintragung des dinglichen Rechts sich anschließen soll. Wo die Römer eine obligatio konstatiren, quae ex re venit, da deutet Ausdruck und Sache auf einen organischen Ursprung der Obligation. Schafft aber wirklich der Rechtssatz aus

Digitized by Google

der Eintragung das obligatorische Recht, so bleibt unerklärt, wie die Folge des Zustandes, die Obligation, zugleich das begriffliche Prius, das Sicherungsobjekt des dinglichen Sicherungszustandes sein kann, und warum andererseits die Person, welche die Rechtsfolgen des Zustandes zu tragen hat, ihr ganzes übriges Vermögen dieser Rechtsfolge ohne Weiteres entziehen kann.

Gereinigt von jeder historischen Färbung erscheint die Grundschuld des Eigenthümers in Buchka's*) Theorie.

Mit der Voraussetzung, daß das hypothekarische Recht seine Wirkung allein in Folge seiner formellen Begründung ausübt, ist ihm die Möglichkeit gesetzt, durch positive Bestimmung festzusetzen, daß die Hypothek auch dann existent werde, wenn der Eigenthümer Gläubiger werde. Die Vereinigung der obligatorischen Gegnerschaft in einer Person soll dann das Recht nicht ipso jure aufheben, sondern nur die Wirksamkeit desselben hemmen in ganz derselben Weise, wie ein an und für sich wirksames Recht durch eine ihm gegenüberstehende exceptio paralysirt wird. Einrede ist Buchka: Recht gegen Recht. Ob Recht und Gegenrecht in zwei Händen sei, wie bei der Exzeptio, oder in einer Hand, wie bei der Hypothek, soll ein thatsächlicher, kein begrifflicher Unterschied sein. Hierdurch ist die giltige Entstehung des Hypothekenrechts in der Hand des Eigenthümers und die temporäre Unmöglichkeit, dasselbe geltend zu machen, in der einfachsten Weise erklärt.

Das Mittel ist nicht so radikal, wie es scheint. Die Berufung an die positive Gesetzbestimmung, mit der die Deduktion anhebt, ist überflüssig, wenn die folgende Deduktion richtig ist, anders aber nichts als ein deus ex machina. Ein anderes Recht als ein positives, als das durch Gewohnheit oder Gesetz positiv gesetzte Recht existirt überhaupt nicht. An diesem unumstößlichen Satz der historischen Schule darf keine Schwierigkeit einer rechtlichen Konstruktion irre machen.

Die Parallele mit der Exzeptio trifft nicht zu. Bei der

*) Buchka, Hypothek des Eigenthümers. Rostock 1875. S. 99.

Digitized by Google

Grundschuld des Eigenthümers steht das Recht, die Grundschuld, dem Recht, dem Eigenthum, keineswegs gegenüber. Kein Kampf des Rechts gegen das Recht*), sondern die friedliche Vereinigung zweier Rechte in einer Person, in Wahrheit ein Recht. Es ist etwas Anderes, ob eine Thatsache die Wirksamkeit der anderen das Recht erzeugenden Thatsachen hindert, oder ob der Mangel des einen thatsächlichen Moments, das in seiner Verbindung mit einem anderen Moment (consensus duorum) das Recht erzeugt, es hindert, daß von einer rechtserzeugenden Kraft jener die Rede sein kann. Dort paralysirt die Wirkung des einen kompleten Thatbestandes (man spricht seit Kierulff's Vorgang allgemein von einem civilistischen Thatbestand) die Wirkung des anderen kompleten Thatbestandes, hier fehlt eine der nothwendigen Voraussetzungen des einen Thatbestandes.

Buchka's Gedanke vermittelt die allgemeine Erwägung, ob die Kategorie der Abschwächung der Rechte**), in welche die Haftung der Einrede am Recht gehört, nicht in anderer Weise die vermißte Denkform bietet.

Die Möglichkeit, auf diesem Wege zu einer Konstruktion der Grundschuld des Eigenthümers zu gelangen, ist freilich nur getheilt und darum beschränkt insofern, als diejenige Grundschuld, welche der Eigenthümer auf seinen Namen eintragen läßt, in die Unterabtheilung der unvollständigen Entstehung des Rechts eingereiht werden müßte, als diejenige Grundschuld, welche der Eigenthümer aus fremder Hand erwirbt, in die andere Unterkategorie des unvollständigen Untergangs des Rechts gebracht werden müßte.

Bei derjenigen Grundschuld, welche der Eigenthümer für sich in das Grundbuch eintragen läßt, müßte die Passivität des Rechts als Folge unvollständiger Entstehung in der Art gedacht werden, daß diese Grundschuld eine Position zur Sache (zum eigenen Grundstück) fixire, welche das Recht nicht vollständig anerkennt, aber auch nicht vollständig ignorirt, sondern in einzelnen

*) Vgl. Unger, österr. Privatrecht, 4. Aufl. Bd. II. Leipzig 1876 § 125.
**) Vgl. Windscheid, Pand. 5. Aufl. Bd. I. § 65.

Digitized by Google

Beziehungen schützt. Damit wäre ein naturales dingliches Recht etablirt, welches wie die Naturalobligation ein Recht für die natürliche Auffassung, nicht für die juristische Auffassung wäre. Diese Position ist an sich denkbar, aber weder nach positivem Recht, noch nach den berechtigten Auffassungen und Ansprüchen des Verkehrs die des Eigenthümers, welcher für sich eine Grundschuld eintragen läßt. Was das Recht jenen natürlichen Ansprüchen sonst versagt, das giebt es hier alles, vor Allem die Befugniß zur Klage, sei es die Provokation auf Aufgebot, seien es die dinglichen Klagen auf Herausgabe des Briefs, die Klagen wegen Anerkennung, beziehungsweise Berichtigung der Priorität, die Klage für den Kaufgelderstreit auf Perzeption des entsprechenden Theils der Kaufgeldssumme. Daß der Eigenthümer gegen sich selbst weder Klage auf Zahlung oder Eigenthumsfreiheit erheben, noch Subhastation beantragen kann, liegt nicht daran, daß das Recht ihm diese Ansprüche entzieht, während ihm die natürliche Auffassung dieselben zubilligt, sondern daran, daß auch der „unjuristische Verstand" solche Ansprüche nicht anerkennen kann.

Die fremde Grundschuld, welche der Eigenthümer erwirbt, müßte als abgeschwächtes Recht in Folge Unvollständigkeit des Untergangs gedacht werden. Die solchergestalt abgeschwächten Rechte, welche bisher beobachtet worden, haben aber das Gemeinsame, daß sie während dieser so genannten Passivität keine reale Macht erkennbar äußern. Die vom Eigenthümer erworbene Grundschuld ist aber auch hier in allen vorerwähnten Richtungen ein real mächtiges Recht; soweit ein Recht hier existirt, wirkt es voll und ganz.

Eine beiläufige Lösung des Problems ist in einer Schrift*) versucht worden, welche für den Pfandrechtsbegriff ein neues Prinzip von „unumstößlicher Wahrheit" in Bewegung zu setzen vermeint, indem sie die nicht leicht erweisliche Behauptung, daß eine jede Verpfändung eine bedingte Veräußerung der verpfän-

*) Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers. Berl. 1877.

Digitized by Google

deten Sache enthalte, zum eigentlichen und einzigen Inhalt des Pfandrechts zu erheben versucht. Während die Bestimmung des Pfandrechts darin bestehe, eine reale Sicherheit für einen persönlichen Anspruch zu bieten, enthalte die Form der Verpfändung eine Veräußerung des verpfändeten Objekts unter der Suspensiv-Bedingung der Unpünktlichkeit der Zahlung zu einem unbestimmten Theil, dessen Größe sich aus dem Verhältniß der durch das Pfand gesicherten Forderung zu dem Erlös ergeben soll. Das Verhältniß des Pfandgläubigers sei danach das des Miteigenthümers, eine Folge dieses Miteigenthums die Befriedigung aus den Kaufgeldern. Werde von Anfang an nichts Anderes beabsichtigt, als eine, zugleich die Höhe des ideell veräußerten Antheils angebende, Summe zu bestimmen, die der Eigenthümer zur Lösung der pfandrechtlichen Schuldverbindlichkeit aufzuwenden hat, so werde aus diesem Pfandrecht die Grundschuld entwickelt. Die Eintragung der Grundschuld des Eigenthümers bedeute hiernach den Ausschluß eines nur in dem Maßstab einer Hypothek bestimmten Antheils des Grundstücks von weiteren Verpfändungen.

Das in der That „erstaunliche Resultat", das für die Systematik des Pfandrechts aus diesem Prinzip aufgeht, ist die Stellung des Pfandvertrages in das System der aleatorischen Verträge. Soll sich die Größe des ideell veräußerten Antheils aus dem Verhältniß der Forderung, beziehungsweise des Summenbetrages zu dem Erlös des Grundstücks in einer möglichen Subhastation ergeben, so ist Existenz und Umfang des Objekts der Veräußerung von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängig.

Abgesehen davon: Ein solches Miteigenthum mit latenten und bei jeder Veränderung des Grundstückswerths fluktuirenden Antheilen, deren Existenz bei denjenigen Hypotheken, welche demnächst bei der Subhastation ausfallen, in fortwährender Schwebe liegt, deren Größe sich nicht aus der Position des Miteigenthümers zur Sache, sondern aus einem ungewissen, möglichen Ereigniß ergiebt, wäre ein juristisches Novum, das sich zuvörderst selbst legitimiren müßte. Wird ferner dem Pfandgläubiger ein Antheil am Grundstück veräußert, so haftet dieser

Digitized by Google

Antheil für alle übrigen dinglichen Rechte, welche außer Pfandrechten auf der Sache bereits liegen und in allen Zeiten noch auf dieselbe gelegt werden. Die Konsequenz wäre also die, die Etablirung aller dinglichen Rechte als bedingte Veräußerung von Eigenthumsantheilen zu fassen. Eine Rangordnung unter den Pfandrechten ergiebt sich aus dem bloßen Verhältniß der durch das Pfand gesicherten Forderungen zu dem Erlös durchaus nicht. Diese Bruchtheile, welche durch Rechenkünste auf einen Generalnenner mögen zurückgeführt werden können, stehen unter sich lediglich in dem Verhältniß von Kardinalzahlen. Tritt weiter die Bedingung der Veräußerung ein, dann müßte der Pfandgläubiger einen vertragsmäßigen Anspruch auf Auflassung seines Eigenthumsantheils haben. Eine Zahlungspflicht des Grundeigners ist übrigens weder hinsichts des Kapitals noch hinsichts der Zinsen erklärt, und der Begriff des Zinses neben der Summenschuld ganz unsubstantiirt.

Dieses Impromptü wird mit einer gewissen Ausführlichkeit erörtert, weil dasselbe zwei Hypothesen reproduzirt, welche vor Jahren mit Achtung erzwingender Gelehrsamkeit zur Konstruktion der Reallasten aufgestellt worden sind und darum für die Analyse eine unmittelbare Bedeutung haben.

Mann*) ist es gewesen, den die Vergeblichkeit seiner Versuche, die Reallasten im System der Rechte zu klassifiziren, zu der Annahme gedrängt hat, es gebe kein Recht auf die Realleistungen. Wiewohl es kein Recht auf diese Leistungen giebt, wird dennoch geleistet. Wo liegt der Zwang zu den Leistungen? Antwort der Quellen: der Reallastberechtigte hat ein Recht am belasteten Grundstück, welches dann geltend gemacht wird, wenn die Lasten nicht abgetragen werden — die Reallasten sind Bedingungen.

Nichts Neues, daß diese Theorie sich an der Realität der Reallastklage zerstößt. Diese Klage erweist das Recht auf die Leistung, und dieses Recht geht nicht auf das Grundstück,

*) Mann, Unters. üb. d. Begriff d. Reallasten. N. Ausg. Dessau 1873, S. 20.

Digitized by Google

sondern gegen dessen Eigenthümer. Es existirt also trotz alledem eine Leistungspflicht.

Der zweite Gedanke, den jenes Theorem aufnimmt, ist von dem ehrwürdigen Runde*) bei Gelegenheit einer, die ältere Literatur viel beschäftigenden Erörterung darüber, ob die Reallasten durch Vertrag begründet werden können, dahin ausgesprochen, daß derjenige, welcher eine Verpflichtung auf sein Grundstück als Reallast übernehme, einen intellektuellen Theil desselben veräußere und insofern den Berechtigten zum Miteigenthümer aufnehme. Diese Hypothese führt Runde natürlich zu dem Resultat, daß dieser Veräußerer auf seinen Nachfolger nicht mehr Rechte übertragen könne, als er selbst behalten habe. Staatsökonomen haben dann vielfach in der Konstituirung von Reallasten das Mittel gesehen, Grundeigenthum ohne wirkliche Zerstückelung zu theilen.

Dieser ökonomische Effekt darf über die juristische Struktur des Rechts nicht täuschen. Anders wie das Eigenthum dient die Reallast an und für sich einem außerhalb der Sachbeherrschung liegenden Zweck. Ein Miteigenthum zu ideellen Theilen setzt nothwendig Gleichartigkeit der Theile der einzelnen Interessenten und ihrer Positionen zur Sache voraus**). Es bleibt also bei „dem logischen Widerspruch, ein Recht, welches nicht Eigenthum, sondern nur ein Ausfluß von diesem ist, für Eigenthum zu erklären.***)"

In diesem Zusammenhang dürfen die Untersuchungen Gustav Hartmanns zur Lehre vom Eigenthumsrecht†) erwähnt werden, nicht, um eine Kritik zu üben, über welcher diese Forschungen stehen würden, sondern um zu prüfen, inwieweit die Aufgabe durch dieselben gefördert wird.

Ein Wort Puchta's wäre diesem Buch als Motto voranzu-

*) Runde. Die Rechtslehre von der Leibzucht. Oldenb. 1805 § 36.
**) Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht. Band 11, S. 457.
***) Stobbe, Privatrecht. Band 2, S. 62.
†) Hartmann, Rechte an eigener Sache. Programm. Freiburg 1877.

Digitized by Google

stellen. Während Puchta*) den Standpunkt als überwunden bezeichnet, von dem aus man geneigt gewesen, die Rechte in ihre Befugnisse zu zersplittern und darüber den Begriff der Rechte selbst hintanzusetzen, warnt Puchta vor dem anderen, neueren Extrem, die scheinbare Kompaktheit der Rechtsverhältnisse als Grundlage der Theorie vorzuziehen. Er selbst führt als Beispiel jener ersteren Verirrung Mühlenbruch's Definition vom Eigenthum an. Dennoch ist es gerade Puchta gewesen, der in der Lehre vom Eigenthum die Kompaktheit des Rechtsverhältnisses: die „Totalität" aller dinglichen Rechte als Inhalt des Eigenthums zur abstrakten Höhe einer civilistischen Nothwendigkeit erhoben hat, von der aus als zwingende Konsequenz es erscheint, jede Befugniß über eine Sache im Eigenthum zu sehen und die Beschränkungen des Eigenthums als Herausnahme von Befugnissen aus dem Eigenthum zu karakterisiren. Der Konsolidationsdrang zwischen Pfandrecht und Eigenthum wirkt hiernach, sobald beide Rechte in einer Person sich vereinigen, rein elementar, und die Frage, ob es dingliche Rechte giebt, welche dem Machtinhalt des Eigenthums so homogen aber anders geartet sind, daß sie in dem Eigenthum nicht aufgehen können, ist hiernach einfach garnicht aufzuwerfen.

Diesem anderen Extrem tritt Hartmann in dieser seiner anscheinend sichersten Position entgegen. Indem Hartmann das Problem stellt: ob und inwiefern überhaupt nach dem Begriff des Eigenthums an der eigenen Sache mehr Recht denkbar ist, als das Eigenthum geben kann, gelangt er vermöge einer synthetischen Behandlung der Konstituirung dinglicher Rechtsbeziehungen für den Eigenthümer ex jure Quiritium von demjenigen, welcher dieselbe Sache in bonis hat, der Konstituirung solcher Beziehungen für den Eigenthümer von demjenigen, welcher die Sache zu superfiziarischem oder emphyteutischem Recht inne hat, der Fortdauer der Servitut für den Miteigenthümer an einer gemeinschaftlich gewordenen Sache, der Pseudo — Servituten, welche auf eigenem

*) Puchta, Institutionen. 6. Auflage, Bd. I, S 12.

Digitized by Google

Boden ein altius tollere, ein officere luminibus vicini, stillicidium vel flumen non recipere gestatten, zu dem Resultat, daß auch der römische Eigenthumsbegriff von den klassischen Juristen so aufgefaßt worden, daß eine Erweiterung des Machtinhalts an der eigenen Sache mittels eines anderen hinzutretenden Rechts vollkommen denkbar erscheint. Auf diesem Wege führt eine Kritik der berühmten Paulinischen quaestio zu dem Ziel, daß das Mehr von Recht, welches hier über das bloße Eigenthum hinaus dem Eigenthümer zusteht, auch wirklich als Pfandrecht gedacht werden muß. Die weitreichendsten Perspektiven ergeben sich von diesem Standpunkt aus für das Recht des Besitzes, wo die Possessio, wie sie in den Interdikten ihre Sanktion und Erscheinungsform findet, als ein, freilich sehr relatives, unvollkommenes und mannigfach bedingtes Sachenrecht erscheint, mithin ein Sachenrecht gefunden wird, welches als jus in re propria sogar normaler Weise vorkommt.

So reiche und weite Konsequenzen von diesem Standpunkt aus überhaupt und insbesondere für die neupreußische Duplizität des Eigenthums*), die Hypothek des Eigenthümers und das Servitutenrecht im Grundbuch sich ergeben — die Theorie der Grundschuld kann aus diesen Untersuchungen einen unmittelbaren Gewinn nicht ziehen. Bedeuten die Rechte an eigener Sache eine Erweiterung des Machtinhalts, dann kann der Eigenthümer handgreiflich diese weitere Macht nicht dadurch usurpiren, daß er einfach für sich die Eintragung einer Grundschuld bewilligt. Es ist eben ein anderes Recht, welches zum Eigenthum hinzutreten und dadurch den Machtinhalt des Eigenthums erweitern soll.

In einem eigenthümlichen Zwiespalt konstruirt Colberg die Grundschuld, doppelt zwiespältig, weil er die Grundschuld, welche der Eigenthümer für sich eintragen läßt, nur formell, nicht materiell als Grundschuld oder Grundrecht anerkennt, weil er sodann auch der Grundschuld in fremder Hand ein doppeltes Fundament unterlegt.

*) Hartmann, Rechte an eigener Sache, S. 13. Dernburg und Hinrichs, Preuß. Hypothekenr. I, S. 232 flg.

Digitized by Google

Einerseits behauptet er, daß diese Grundschuld nur eine neu geschaffene Abart der altpreußischen Hypothek sei*), daß in der „selbständigen Hypothek des allgemeinen Landrechts" bereits die heutige Grundschuld im Wesentlichen vorgebildet gewesen, andererseits postulirt er, daß der Grundschuld in allen Fällen ein abstraktes Summenversprechen**) zu Grunde liege, daß aber selbst in der nicht zur Sicherung dienenden Grundschuld stets dasselbe obligatorische Element enthalten ist, welches in der selbständigen Hypothek des allgemeinen Landrechts vorhanden sein soll, und daß jedesmal durch Bewilligung einer Grundschuld und die Aushändigung des Briefs ein dem Wechselvertrage ähnlicher Formalvertrag zu Stande komme.

Die Selbständigkeit der Hypothek soll nach allgemeinem Landrecht, abgesehen von dem Fall der Verjährung der persönlichen Forderung, nur durch den Einfluß des öffentlichen Glaubens bei der Cession eintreten, indem der Cessionar einer Hypothek nach Landrecht den völligen Schutz des öffentlichen Glaubens dann für sich habe, wenn die Eintragungen im Hypothekenbuch, auf welche er seinen Erwerb gegründet, äußerlich formgerecht sind, wenn er gutgläubig, unter Aushändigung des Schuldinstruments und entgeltlich erworben hat, wenn endlich zur Zeit des Erwerbs keine entstehende Protestation eingetragen, und bereits eine Frist von 4 Wochen resp. 38 Tagen seit Eintragung der cedirten Hypothek abgelaufen war.

Das obligatorische Moment dieser „selbständigen" landrechtlichen Hypothek soll darin liegen, daß der Gläubiger neben der, der Hypothek zu Grunde liegenden, persönlichen Forderung gegen den Konstituenten der Hypothek gegen den dritten Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks als correus debendi einen obligatorischen Anspruch auf die Hypothekensumme hat, diese obligatorische Verpflichtung des zweiten correus auf das Grundstück radizirt ist und daher auf jeden späteren Eigenthümer desselben

*) Colberg, über die Bedeutung des öffentl. Glaubens des Hypothekenbuchs 2c. Halle 1877. S. 7, 55.

**) Ebendaselbst S. 137, 138.

Digitized by Google

übergeht, wobei es für die Existenz dieser zweiten Obligation begrifflich nicht erheblich sein soll, daß für ihre Erfüllung nur das Grundstück haftet.

Ohne Weiteres ist klar, daß diese zweite Obligation, welche aus der Hypothekbestellung resultirt, ein sach- und formgerecht entstandenes accessorisches Pfandrecht zur Voraussetzung hat, daß diese Hypothek sich fortgesetzt, auch beim Wechsel des Eigenthums am Grundstück als Accessorium jener ersten Obligation qualifizirt, daß also die begriffliche Voraussetzung des Pfandrechts, die Existenz der zu sichernden Forderung, hier fortgesetzt ihre reale Macht äußert. Es wäre mithin immer erst der Beweis zu führen, wie bei der Konstituirung der Grundschuld von dieser prinzipiellen und perennirenden Voraussetzung einer Hypothek abgesehen werden kann. Der singulaire Fall, daß der Pfandgläubiger trotz Verjährung der Forderung fortgesetzt als Pfandgläubiger behandelt wird, kann für das besondere Institut der Grundschuld kein Prinzip in Bewegung setzen.

Es scheint, als ob Colberg seine eigene Analyse durch Injektion disparater Elemente verdirbt.

Liegt der Grundschuld in allen Fällen ein im Grundbuchverkehr durch das Gesetz in seiner Rechtsgiltigkeit anerkanntes, abstraktes Versprechen der Zahlung der Grundschuldsumme unter, dann hat der Einsatz des Grundstücks nicht die Bedeutung einer unqualifizirbaren Pfandabart, sondern stellt das eigentliche Urbild eines wirklichen altpreußischen Unterpfandrechts dar. „Das dingliche Recht, welches Jemandem auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden, und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann," wird in der Legaldefinition ein Unterpfandsrecht genannt, und dieses dingliche Recht ist offenbar ganz dasselbe, ob die Forderung, deren Sicherung es dient, ihrerseits eine materielle causa specialis hat oder nur die causa generalis des abstrakten Zahlungswillens. Wie solch ein dingliches Recht, das eine abstrakte Obligation sichert, erst durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, nach Art der Formalisirung der altpreußischen Hypothek

Digitized by Google

durch die Cession, zur Existenz gelangen soll, ist einfach nicht abzusehen. Ueber die besondere Aehnlichkeit des Wechselvertrages ist vollends nicht zu streiten. Soll diese Aehnlichkeit nichts Weiteres bedeuten als die Abstraktion vom Causalbezug, dann kann dieselbe Aehnlichkeit in dem modernen Schuldschein, dem Inhaberpapier, dem kaufmännischen Verpflichtungsschein, der in jure cessio, mancipatio (und etwa auch traditio) gesucht werden, dann ist es aber verwirrend, nur von der besonderen Aehnlichkeit des Wechsels zu sprechen.

Colberg gegenüber wird exemplifizirt:

Erster Fall: die Grundschuld dient nicht zur Sicherung einer Obligation. A läßt für B eine Grundschuld von Tausend eintragen, und B erlangt den Brief durch Kauf und Uebergabe von A, oder A und B geben und nehmen den Brief in Zahlungs-Statt für eine im Civilrecht begründete Miethszinsschuld des A an B.

Hier soll ein abstraktes Versprechen des A an B Tausend zu zahlen, der Grundschuld unterliegen.

Zweiter Fall: die Grundschuld dient zur Sicherung einer Obligation. A steht mit B in einem materiell begründeten Darlehnsvertragsverhältniß. A läßt für B zur Sicherung dieser Dahrlehnsobligation von Tausend in diesem, in höherem oder niederem Betrage eine Grundschuld eintragen. Die Bewilligung der Eintragung und die Aushändigung und Annahme des Briefs soll das abstrakte Versprechen des A und die Annahme des Versprechens durch B enthalten, daß A aus Anlaß jener Darlehnsgabe und zur Sicherung derselben, aber aus objektiv selbständigem, rein voluntarem Grund an B Tausend zahlen wolle.

In beiden Fällen soll die Grundschuld eine Abart der altpreußischen Hypothek darstellen, und zwar der durch den Einfluß des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs in dem Verhältniß des dritten Eigenthümers des verpfändeten Grundstücks zu dem Hypothekengläubiger affizirten Hypothek.

Kompliziren sich beide Fälle durch die Annahme eines Wechsels des Eigenthums an demjenigen Grundstück, auf welchem

Digitized by Google

die Grundschuld eingetragen steht, dann kann der Konstituent der Grundschuld A sich sein abstraktes Zahlungsversprechen nicht mit dem Staub des Grundstücks abschütteln. Ebensowenig geht die abstrakte persönliche Zahlungsverbindlichkeit des A durch den Wechsel des Eigenthums am Unterpfand auf den Erwerber des Grundstücks C über. C steht vielmehr in derselben Rechtslage wie jeder andere dritte Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, das heißt nach Colberg in einem aus der Hypothekbestellung resultirenden Obligationsverhältniß zu B.

B hätte in dem ersten Falle zwei Forderungen und ein Unterpfand:

a) die erfüllbare und klagbare, nur exekutionslose Formalobligation gegen A,
b) zur Sicherung dieser Formalobligation ein Unterpfand am Grundstück,
c) die Zustandsobligation aus der Hypothekbestellung gegen C.

B hätte in dem zweiten Falle drei Forderungen und ein Pfandrecht:

a) die materielle Darlehnsobligation gegen A, für welche die Sicherungsgrundschuld bestellt ist,
b) die erfüllbare und klagbare, nur exekutionslose Formalobligation gegen A, welche durch die Bestellung der Sicherungsgrundschuld und die Annahme des Briefs begründet sein soll,
c) zur Sicherung dieser Sicherungsobligation ein Unterpfand am Grundstück,
d) die Zustandsobligation aus der Eintragung gegen C —

ein komplizirtes Gespinnst, in welches sich der Gesetzgeber verstrickt hätte, welcher Klarheit und Simplizität der Grundbuchrechte suchte.

Eine Selbstkritik sprechen sich alle diejenigen Theorien, welche der Grundschuld des Eigenthümers eine Ausnahmestellung vindiziren, für welche eine Konstruktion erst noch gefunden werden soll, oder gar statuiren, daß man hier den Bedürfnissen des Verkehrs auf Kosten der Theorie nachgegeben habe. Gerade mit der Grundschuld des Eigenthümers muß die theoretische Konstruktion

Digitized by Google

der Grundschuld anheben, weil hier der praktische Verkehr angesetzt hat, weil dieser Punkt es aber auch gewesen, der dem Gesetzgeber die entscheidende Konstellation der Verkehrsbedürfnisse gewiesen hat. Ist die Eigenthümer-Grundschuld ein vorbehaltener Vorzug*) an dem Erlös des Grundstücks den später eingetragenen Berechtigten gegenüber, der in der Hand des Eigenthümers bedeutungslos ruht, ist die Abtretung der Grundschuld in Wahrheit die Konstituirung des dinglichen Rechts**), die Cessionsform ein Schein, dann läuft das Recht des Eigenthümers, die Grundschuld beim Zwangsverkauf geltend zu machen, auch dann, wenn er den später eingetragenen Gläubigern zugleich persönlich haftet, in der That auf leeren Formalismus heraus. Ist alledem so, warum führt sich dieser Vorbehalt nicht offen und ehrlich als solcher ein, wie das mecklenburgische Recht eine derartige Offenhaltung von Folien zum Zweck künftiger Dispositionen auf bestimmte Summen für unbenannte Gläubiger bekanntlich gestattet hat. Warum man für einen solchen Vorzug des Apparats der Eintragung einer Hypothek bedurft, oder nicht einfach den Namen des Gläubigers im Buch und Schein ausgelassen hätte, ist in der That nicht abzusehen.

Die Abhandlung von Pütter***) bietet Neues nicht.

---

*) Bähr, die preuß. Gesetzentw. über Rechte am Grundvermögen S. 94.

**) Vgl. W. Hartmann, Wechselrecht (1869) S. 280: „Das moderne Recht ist überhaupt auf Mobilisirung der Vermögenswerthe gerichtet, und man wird kein Bedenken tragen, daß ein Besitzer für sich selbst auf sein Grundstück eine Hypothek eintragen lassen kann, um sie demnächst zu versilbern und sich dadurch Fonds zu verschaffen. Die Hypothek in ihrer Vereinigung mit der Person des Besitzers hat allerdings keine (?) praktische Bedeutung, aber sie repräsentirt an sich einen Vermögenswerth, und gelangt durch ihre Trennung von der Person des Schuldners und bei der Realisation der Hypotheken aus dem Grundstück (!) zur rechtlichen und realen Existenz."

***) Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, hrsg. v. Bödiker, Bd. IV S. 78 ff.

Digitized by Google

Dogmatik.

Digitized by Google

Digitized by Google

Grundschuld.

§ 1135.

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person (Grundschuldgläubiger) berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde (Grundschuld).

Die Geldsumme kann als eine verzinsliche bestimmt werden.

§ 1136.

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Briefhypothek entsprechende Anwendung, soweit nicht aus dem Umstande, daß die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist, und aus den §§ 1137 bis 1144 ein Anderes sich ergiebt.

§ 1137.

Die Bestellung einer Grundschuld unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist unwirksam.

§ 1138.

Ueber die Grundschuld wird ein Grundschuldbrief ertheilt. Die Ertheilung kann nicht ausgeschlossen werden.

Digitized by Google

§ 1139.

Der Anspruch aus der Grundschuld wird in Ansehung der Hauptsumme erst nach erfolgter Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigenthümer als dem Grundschuldgläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Die Zahlung der Hauptsumme und der Zinsen ist an dem Orte zu leisten, an welchem das Grundbuchamt seinen Sitz hat.

Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden nur insofern Anwendung, als nicht ein Anderes bestimmt ist.

§ 1140.

Der Grundschuldgläubiger kann nach Maßgabe des § 1135 von der Grundschuldsumme Verzugszinsen verlangen, wenn gegenüber dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde.

§ 1141.

Der Anspruch wegen rückständiger Grundschuldzinsen ist nach den Vorschriften zu beurtheilen, welche für den Anspruch wegen rückständiger Hypothekenzinsen gelten.

§ 1142.

Die Grundschuld kann auch für den Eigenthümer des Grundstückes begründet werden. Zu der Begründung ist die gegenüber dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung des Eigenthümers, daß die Grundschuld auf seinen Namen in das Grundbuch einzutragen sei, und Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Die Vorschriften der §§ 830, 831 finden entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

§ 1143.

Ist der Eigenthümer des Grundstückes der Grundschuldgläubiger, so finden in Ansehung der Beitreibung der Grundschuldsumme und der Zinsen die Vorschriften des § 1076 und des § 1099 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 1144.

Die Grundschuld kann in eine Hypothek, die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt werden. Zu der Umwandlung ist ein zwischen dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes und dem Grundschuldgläubiger oder dem Hypothekengläubiger zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch, bei der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld außerdem die vertragsmäßige Zustimmung der dem Gläubiger im Range gleichstehenden oder nachstehenden Berechtigten erforderlich. Die Vorschriften der §§ 828 bis 833, 837 bis 839 finden entsprechende Anwendung.

§ 830.

Die Eintragungsbewilligung, welche von einer zur wirksamen Ertheilung der Bewilligung nicht berechtigten Personen ertheilt wird, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten ertheilt ist; sie wird wirksam, wenn sie von dem Berechtigten genehmigt wird, oder wenn der Nichtberechtigte das für die Wirksamkeit der Bewilligung erforderliche Recht erwirbt, oder wenn der Nichtberechtigte von dem Berechtigten beerbt wird und das Erlöschen des Inventarrechtes eintritt.

§ 831.

Auf die Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung ist es ohne Einfluß, wenn, nachdem der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte eingegangen ist, derjenige, welcher die Eintragung bewilligt hat, in der Verfügung über das für ihn eingetragene Recht beschränkt wird.

Digitized by Google

§ 1076.

Vereinigen sich nach der Begründung der Hypothek das Gläubigerrecht und das Eigenthum an dem belasteten Grundstücke in derselben Person, so kann der Eigenthümer bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstückes die Forderung für sich geltend machen. Die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung selbst zu betreiben, ist er nicht berechtigt.

§ 1099. Abs. 2.

Der Eigenthümer kann für die Zeitdauer seines Eigenthumes Zinsen von der Hauptsumme nur von der Zeit an fordern, in welcher das Grundstück zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen worden ist.

§ 828.

Zur Uebertragung des Eigenthums, sowie zur Begründung, Uebertragung oder Belastung eines andern Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von Seiten des andern Theiles.

Der Vertrag wird für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, in welchem er entweder vor dem Grundbuchamte geschlossen oder von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht wird, oder in welchem die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgt.

Auf die Wirksamkeit des Vertrages ist es ohne Einfluß, wenn einer der Vertragschließenden stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor der Vertrag bindend geworden ist.

§ 829.

Zur Wirksamkeit des in § 828 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit

Digitized by Google

des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war.

Die Vorschriften der §§ 737 bis 748 über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

§ 832.

Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäftes erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zu einander die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend zu machen.

§ 833.

Die Eintragungsbewilligung, sowie deren Annahme, werden durch ein Urtheil nach Maßgabe des § 779 Abs. 1 der Civilprozeßordnung ersetzt.

Ist das Urtheil, durch welches zur Bewilligung der Eintragung verurtheilt ist, nur vorläufig vollstreckbar, so kann die Rechtsänderung nur als abhängig von der Bedingung der Rechtskraft das Urtheiles eingetragen werden. Kann die Rechtsänderung von einer Bedingung nicht abhängig gemacht werden, so findet die Eintragung eines Veräußerungsverbotes statt.

Die im zweiten Absatze bezeichneten Eintragungen erfolgen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 837.

Bei dem durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sich vollziehenden Erwerbe eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem eingetragenen Rechte an einem Grundstücke gilt zu Gunsten des Erwerbers der Inhalt des Grundbuches, wie er zur Zeit des sich vollziehenden Erwerbes des Rechtes besteht, als richtig, ingleichen ein zu dieser Zeit aus dem Grundbuche nicht ersichtliches Veräußerungsverbot, welches nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen durch

Digitized by Google

Gesetz, Verfügung des Gerichtes oder Rechtsgeschäft begründet ist, als nicht bestehend.

Die Vorschriften des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Erwerber zu der angegebenen Zeit die Thatsachen gekannt hat, aus welchen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage oder das Veräußerungsverbot ergiebt. Die Kenntniß der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes steht, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich.

§ 838.

Die Vorschriften des § 837 finden entsprechende Anwendung, wenn ein gegenüber dem Berechtigten vorzunehmendes Rechtsgeschäft gegenüber. demjenigen vorgenommen wird, welcher als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist, oder wenn der letztere ein die Aenderung des eingetragenen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft gegenüber einem Dritten vornimmt oder mit einem Dritten schließt, insbesondere, wenn an ihn eine Leistung erfolgt, welche der Berechtigte auf Grund des eingetragenen Rechtes zu fordern hat.

§ 839.

Wer in Gemäßheit der §§ 837, 838 den Verlust eines Rechtes erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748 Abs. 3 finden Anwendung. Ausgeschlossen ist der Anspruch wegen solcher Nutzungen, zu deren Herausgabe in Gemäßheit des § 930 eine Verpflichtung nicht besteht.

Digitized by Google

Während einzelne systematische Darstellungen des Civilrechts dem Begriff des Werths im Anschluß an die traditionellen Kategorien des Gebrauchs — und Tauschwerths (worth-value, value of use, value of exchange) fragmentarische Sonderbetrachtungen widmen, sucht man in den gangbaren Lehr- und Handbüchern vergebens nach einer Abstraktion, welche die verschiedenen juristischen Phänomene des Kapitals einheitlich reflektirt. Wie die kanonistische Lehre das Wort capitale nur zu dem Zweck der Bezeichnung des Gegensatzes von Hauptstock und Interesse brauchte, so beschränkt sich noch heute in Lehrbüchern ersten Ranges die Rechtslehre vom Kapital auf eine Erörterung der Relation zum Zins, ohne daß eine wissenschaftliche Verbindung zwischen diesem Phänomen und den übrigen Kapitalsfigurationen, insbesondere den Kapitalsassoziationen gesucht wird. Die Relation des Kapitals zur Kapitalsrente (profit of stock) wird niemals erörtert.

Die Lehrbücher des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie füllen diese Lücke nicht aus. „Von den Begriffen der Persönlichkeit, der Freiheit, des Staats, des Eigenthums, des Vertrages, der Familie handelt die Philosophie — Lorenz von Stein erhob unlängst den Vorwurf — von einer Reihe ebenso wichtiger Dinge, die dazu gehören, spricht sie garnicht: wie von der Gesellschaft neben der Person, der Gemeinde neben dem Staat, dem Kapital neben dem Eigenthum."

Auch die ökonomische Wissenschaft*) ist von einer endgiltigen Fixirung des Inhalts und der Konsequenzen dieses Grundbegriffs so ferne, daß sie hier von einem ihrer berufenen Vertreter eine Art Bankerotterklärung hat über sich ergehen lassen müssen. Darauf läuft es thatsächlich hinaus, wenn Knies in seiner monographischen Darstellung dieses Begriffs in dem Streit über den Begriff des Kapitals etwas Anderes sieht, als was sonst man in den Wissenschaften einen Streit über eine Definition nenne. Es sei offenbar der Gegenstand selbst, welcher als Kapital bezeichnet

*) Böhm-Bawerk, Kapital und Kapitalzins. Innsbr. 1884. Band 1 fördert die Klärung des Begriffs nicht.

Digitized by Google

werde, durchaus bestritten und ungewiß. In der That streite man nicht darüber, worin und wie man korrekt die Merkmale zusammenzustellen habe, welche einem in der Nationalökonomik unter dem Terminus Kapital auftretenden Gegenstand eignen, sondern man konstituire Eigenschaften, welche darüber entscheiden sollen, welchem Gegenstand der zur Disposition stehende Terminus beigelegt werden müsse. Nur das Eine gilt als unbestritten, daß das Kapital lediglich wirthschaftlicher Natur ist und ausschließlich dem Wissenschaftsbereich der Nationalökonomik zur Erörterung überlassen sei. Für eine juristische Behandlung biete der Begriff keinen Anhalt, wie denn auch die Juristen auf diesem Gebiet sich niemals anders bemerklich gemacht hätten, als daß sie nach dem Brauch des Volksmundes das Kapital den Zinsen im Darlehn gegenüberstellten.

Literarisch datirt die Erhebung des Kapitals zu einem besonderen Faktor der Produktion aus Say's Lehrbuch des Smithianismus. Seitdem beginnt die Katheder-ökonomie und mit ihr die Rechtsphilosophie die Darstellung der Güterlehre mit einer Auseinandersetzung der drei Produktivkräfte: Natur, Kapital und Arbeit. Aus dieser für den gegenwärtigen wissenschaftlichen Standpunkt gewissermaßen naturalen Vorstellung läßt sich als allgemeines, späterhin auch wortsinnlich zu rechtfertigendes Moment des Kapitalbegriffs postuliren die Beziehung des Kapitals zur Produktion, und damit der Zusammenhang des Kapitalbegriffs mit dem Werthbegriff.

Produktion ist Wertherzeugung, in der Wertherzeugung die Wertherhöhung als Erzeugung von Neuwerth inbegriffen. Die Produktion umfaßt außer der Urproduktion, der industriellen Bearbeitung und Fabrikation auch die Transport- und Handelsvermittelung; denn die Wertherzeugung ist nichts als Umstellung oder Umformung der Sachgüter zu höherer Brauchbarkeit für den Konsumenten. Das Erz hat im Schacht geringeren Werth als auf der Lowry, das konsumptionsfähige Handelsgut hinter dem Schaufenster des Detaillisten eine präsentere Brauchbarkeit für den Konsumenten, mithin einen höheren Werth als verpackt

Digitized by Google

im Waarenmagazin des Großhändlers. Auch die sogenannte Urproduktion erzeugt, da der Mensch die Stoffe nicht hervorbringt, die Werthe nicht anders als durch Umstellung der Stoffe. Ob diese Umstellung chemisch umwandelnd, fabrikmäßig umformend, transportativ oder handelsvermittelnd geschieht, ist für das ökonomische Resultat der Wertherzeugung unerheblich. Alle Vertheilungsarbeiten sind danach produktiv, insbesondere der Handel.

Es fixirt Dühring diese Beziehung, indem er das Kapital im Anschluß an Rodbertus bezeichnet als produzirtes Produktionsmittel und dieser Bezeichnung, ein seltenes Exempel in der Theorie der Oekonomik, Gemeingiltigkeit bezeugen zu können glaubt. Die Fixirung ist rein äußerlich, indem sie nur das sachliche Substrat des Kapitals trifft. Sie ist darum aber gerade der natürliche Ausgangspunkt der Definition.

Als produzirtes Produktionsmittel ist das Kapital der Vergangenheit gegenüber ein Produkt früherer Produktion. „Das Wort Kapital oder Ausgangspunkt, Stamm der Produktion (capo, caput) bezeichnet sehr gut sowohl die Rückseite als die Vorderseite an der Januserscheinung der in ewigen Verwandelungen sich dem Werth nach festsetzenden Stammgüter der Produktion. Stamm ist Produkt früheren Wachsthums, aber auch Grundlage weiterer Entwickelung.“*)

Die Beziehung des Kapitals zur Vergangenheit veranschaulicht den Produktionswerth, die ökonomische Geltung, die das Produkt seinem Beschaffungswiderstand nach zu beanspruchen hat; die Beziehung zur Gegenwart und Zukunft veranschaulicht den Produktivwerth, die Schätzung des Produktionsmittels nach der in ihm erhaltenen Produktionskraft. Die Position eines Produktionsmittels im Getriebe der Produktion ist aber, da die Wirkung der Ursache nur nachfolgen kann, undenkbar ohne

*) Schäffle, Kapitalismus und Sozialismus mit besonderer Rücksicht auf Geschäfts- und Vermögensformen. Tüb. 1870. S. 21.

Digitized by Google

jede Dauerhaftigkeit,*) eine gewisse Stetigkeit der Revenüen ein naturales Moment des Kapitalbegriffs.

In dieser Dauerbarkeit einerseits und andererseits in der Unmittelbarkeit der Funktion des Produktionsmittels zum Zweck der Produktion liegt der Unterschied des Kapitals von Arbeitshilfsmittel und vom technischen Ausrüstungsstück. Eine entfernte Beziehung zur Produktion hat das Handwerkszeug, hat selbst das Gewand, in das der Arbeiter gehüllt ist, der die Maschine bedient; Kapitalien sind das so wenig, wie die Feder des Gelehrten oder der Degen des Feldherrn, unter dem die Armee die heimische Produktion schützt. Grundirrig die Idee Torrens's,**) daß in dem ersten Stein, den der Wilde auf die Bestie wirft, in dem ersten Stock, den er ergreift, um die Frucht niederzuziehen, die Aneignung eines Artikels zum Zweck der Erwerbung eines anderen zu sehen und also der Ursprung des Kapitals zu entdecken sei.

Das zweite Moment der Reflexion des Kapitalbegriffs ist die Rentabilität. Produktivität und Rentabilität sind zwar verschiedene Begriffe, die sogar als Gegensätze erscheinen können. Die Produktivität ist die Fähigkeit der Schaffung wirthschaftlicher Werthe, die Rentabilität die Ergiebigkeit an Aneignungsobjekten, an Kapitalgewinn, Zins und Grundrente; die Produktivität bezieht sich auf den ökonomischen Erfolg, die Rentabilität auf den Lohn der Rechtsordnung für die Betheiligung an der sozialen Produktion. Unter normalen Verhältnissen fällt aber in der Privatwirthschaft, die hier allein in Betracht kommt, die Produktivität und die Rentabilität aus dem einfachen Grunde zusammen, weil die Produktivität sich nicht um ihrer selbst willen bethätigt, sondern aus Rücksicht auf die Rentabilität, weil es die allgemeine Signatur der bestehenden Rechtsordnung ist, den sozialen Produktionsberuf durch das private Rentabilitätsinteresse zu

*) Hermann definirt das Kapitel als „jede dauernde Grundlage einer Nutzung, die Tauschwerth hat". Roscher, Geschichte der Nationalökonomik. Münch. 1874. S. 864.

**) Marx, Das Kapital 2. Aufl. Hamb. 1872. S. 171.

Digitized by Google

stimuliren. Beide Kategorieen haben demnach ihre Wurzel im positiven Recht, und es ist damit die Existenz eines juristischen Elements des Kapitals postulirt.

In der Unmittelbarkeit der Beziehung des kapitalistischen Produktionsmittels zur Produktion liegt die potentielle Verselbstständigung desselben gegenüber dem Arbeiter. Für die Definition des Kapitalbegriffs folgt daraus der Gegensatz zur Arbeit, deren Beziehung zur Produktion nicht nothwendig ist, wie der Schulstreit über die Produktivität und Unproduktivität der verschiedenen Arbeiten, der sich an die Smith'sche Produktionslehre angeknüpft hat, genugsam illustrirt. Die theoretischen Bemühungen, diesen Gegensatz zu verwischen, Kapital und Arbeit auch nur „unter einen Nenner zu bringen", Bemühungen, in denen sich die politischen Extreme des Kapitalismus und Sozialismus merkwürdig berühren, sind nothwendig erfolglos. Weder ist das Kapital „aufgesparte Arbeit", noch „vorgethaene Arbeit",*) noch gar „verstorbene Arbeit, die sich vampyrmäßig belebt durch Einsaugung lebendiger Arbeit;**) denn das Kapital ist nicht bloß ein Produkt der Arbeit, sondern auch ein Produkt der Natur und nicht nur Arbeits- und Naturprodukt, sondern auch ein Produkt der Rechtsordnung, unter deren Schutz und nach deren Rentabilitätsprinzip die Produktion sich bethätigt. Selbst da, wo Kapitalgewinn und Arbeitsgewinn äußerlich ununterscheidbar sind, müssen diese Einkommensbestandtheile begrifflich auseinander gehalten werden. Größe und Beschwerde der Aufsichts- und Leitungsarbeit steht in keinem Verhältniß zum Kapitalgewinn; dieselbe Arbeit zweier Kapitalisten, das alte Smith'sche Exempel,***) die in ihren Fabriken Rohstoffe verschiedener Werthe verarbeiten lassen, steht verschiedenen Kapitalgewinnen gegenüber.

Mögen die nackten und krassen Extreme des arbeitlosen Kapitals und der kapitallosen Arbeit auch seltener existiren, als

*) Rodbertus, zur Beleuchtung der socialen Frage Berl. 1875 S. 98.
**) Marx, Kapital, 2. Aufl. Hamb. 1872 S. 195.
***) Smith, wealth of nations.

Digitized by Google

gewisse theoretische Erörterungen es zu unterstellen belieben, der Gegensatz besteht und wird auch dadurch nicht verhüllt, daß man die Arbeitskraft ein Kapital, ein werbendes Kapital nennt. Es ist auch nur eine Verschiebung dieses Gegensatzes, wenn andererseits wieder die Arbeitskraft als ein Werth dargestellt wird gleich anderen Werthen, als eine Waare gleich anderen Waaren. Das ganze System der kapitalistischen Produktion, so versichert Marx, beruhe darauf, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft als Waare verkauft. Aber schon die Verschiedenheit der einzelnen Wendungen, in denen dieser eine Gedanke bei diesem einen Schriftsteller sich bewegt, zeigt den Mangel seines logischen Halts. Während die Thesis einmal allgemein lautet, der Arbeiter verkaufe die Arbeitskraft, so heißt es anderwärts, er veräußere sie für eine bestimmte Zeit; und während der Kapitalist hier als Konsument der Arbeitskraft figurirt, spielt dort der Vergleich des Arbeitslohnverhältnisses mit der Miethe eines Hauses oder Pferdes.*) Weder Kauf noch Miethe deckt das Verhältniß. In Wahrheit behält der angebliche Verkäufer seine Arbeitskraft, in Wahrheit erhält auch nicht der Kapitalist den Gebrauch der Kraft; der Gebrauch der Kraft ist ja nach Marx's eigenen Worten die Arbeit selbst. Nicht nur unlogisch ist dieser Gedanke, er ist auch unwürdig. Sollte er ein Ausdruck wahrer Wissenschaftlichkeit sein, dann wäre in der That die Oekonomie „die unheimliche Wissenschaft, in der der Werth alles, der Mensch garnichts."

Indessen hat sich auch die Jurisprudenz von diesen Vorstellungen nicht freigehalten, deren eigentliches Gebiet freilich die journalistische und oratorische Ornamentik ist. Förster hat es versucht, die menschliche Arbeitskraft unter den Kapitalbegriff zu stellen und damit diesen Begriff auch an dieser Stelle in die juristische Technik hineinzuleiten. Den Anlaß bietet ihm, eigenthümlich genug, eine von den großen Bewegungen der Theorie ganz abgelegene Spezialbestimmung des preußischen Landrechts.

*) Marx, Kapital. 2. Aufl. Hamb. 1872. S. 159, 172, 374, 453, 561, 563, 589, 163.

Digitized by Google

Um darzulegen, daß der Zweck der Sozietät ein Miteigenthum der Theilnehmer am eingelegten Fonds nicht erfordert, argumentirt dieser Schriftsteller folgendermaßen:

„Der Arbeitende verliert allerdings beim Fehlschlagen des Unternehmens seine Mühe und Arbeit, das heißt den aus der Arbeit gehofften Gewinn, aber nicht das Kapital der Arbeitskraft, und der Kapitalist verliert dem entsprechend die Zinsen, den Gewinn vom Kapital. Warum soll der Kapitalist mit dem Dienstthuenden das Kapital selbst theilen, während er doch von diesem nichts von dessen Arbeitskraft zurückempfängt. — — Die Römer haben ganz richtig erkannt, daß die Arbeitskraft Kapital ist wie eine Geldsumme."

Man hatte sich nach den geistvollen Auseinandersetzungen von Rodbertus, Schäffle, Lassalle so fest in die Anschauung hineingelebt, daß die Sklaverei, die fundamentale Institution des antiken wirthschaftlichen Lebens, den Gegensatz von Arbeit und Kapital ungelöst in sich barg, daß es darum in der antiken Welt wohl Arbeitsinstrumente, Genußmittel, Werthe und Reichthümer gegeben hat, aber keine Kapitalien, daß auch in der mittelalterlichen Volkswirthschaft der Kapitalismus nur in einzelnen Attacken den ländlichen Feudalismus und das städtische Zunft- und Korporationssystem angreift, und daß es erst der Sieg und der Fluch der modernen Wirthschaft ist, das Produktionsmittel als Kapital dem Arbeiter gegenüber zu verselbständigen und damit überhaupt erst den Begriff des Kapitals in voller Schärfe zu entwickeln. An dieser Auffassung vermag aber auch Förster's beiläufige Thesis nichts zu ändern. Weder hatte die klassisch-römische Jurisprudenz ein Wort, das dem späteren capitale entsprach, noch wird die Thesis durch § 2 Inst. de soc. 3, 26 gestützt, dessen Citat die Begründung scheint ersetzen zu sollen. Da die einzigen bezüglichen Worte quia saepe opera alicujus pro pecunia valet nicht vom Kapital handeln, sondern vom Geldwerth, und nicht von der Arbeitskraft, sondern von der Arbeitsleistung, so reduzirt sich diese angebliche klare Erkenntniß der römischen Juristen auf eine jener geschichtswidrigen Velleitäten, moderne

Digitized by Google

ökonomische Begriffe in das corpus juris hineinzutragen, wie sie systematisch von B. G. Hermann*) und Tydemann**) begonnen sind und auch Dankwardt's Forschungen theilweise diskreditirt haben.

Die Arbeitskraft ist kein Kapital, der Arbeitslohn kein Kapitalgewinn, kein Zins von solchem Kapital. Dem widerspricht die genitale Korrespondenz***) von Hauptwerth und Neuwerth, von Hauptgeld und Interesse, die nicht undeutlich im Worte capitale liegt, deutlicher im griechischen Wort für Zins und handgreiflich im deutschen Wort Wucher, das mit der Entstehung, dem Wachsthum der Frucht zusammenhängt.†) Zwischen der Arbeitskraft und dem Arbeitslohn liegen die Arbeitsleistungen. Das Geld, das für diese gezahlt wird, ist kein Erzeugniß der Arbeitskraft. Die Arbeitskraft ist überhaupt nichts, was in die Produktion eingeworfen werden kann, sie ist nicht in den Verkehr übertragbar,††) sie besitzt der Arbeiter auch nach der Arbeitsleistung, der die Löhnung seiner Leistung, nicht seine Arbeitskraft riskiren kann. Nur durch den Einwurf des Produktionsmittels (des Werths) in die Produktion entsteht das Kapital.

Inbegriffen in die Beziehung des Kapitals zur Produktivität und Rentabilität ist aber die subjektive Beziehung, die Beziehung zum produzirenden und antheilsbildenden Subjekt. Dieselben 100 Mark sind in demselben Moment der Zirkulation für den einen Kapital, für den anderen nichts als Geld, wenn

*) Hermann. Dissertatio exhibens sententias Romanorum ad œconomiam universam sive nationalem pertinentes. 1823.

**) Tydemann. Disquisitio de œconomiæ politicæ notionibus in corpore juris civilis Justinianei. 1838.

***) „Das Geld — eine Uebersetzung einer bekannten Stelle des Aristoteles — war bloß zum Tausch bestimmt, die Erwerbskunst aber, die es auf Zinsen ausleiht, gebraucht es durch den Wucher zur eigenen Vermehrung. Und eben davon hat auch bei den Griechen der Zins seinen Namen bekommen und heißt soviel wie Brut; denn Gleiches wird von Gleichem geboren, und so gebiert auch in dieser Kunst das Geld in Zinsen wieder Geld.

†) Weigand, Wörterbuch deutscher Synonymen Nr. 2294.

††) Knies, Geld und Kredit, Bd. I, Berl. 1873. S. 21.

Digitized by Google

der eine z. B. dem anderen zinsbar zu Konsumptionszwecken darleiht. Das gegen Zinsen ausgeliehene Geld ist für den Verleiher stets Kapital. Er erwartet, daß er es wieder erhalten und von dem Darlehnsnehmer eine gewisse Jahresrente für dessen Benutzung erhalten werde. Der Darlehnsnehmer kann es entweder als Kapital zur Produktion und Rentenbildung oder für den unmittelbaren Verbrauch verwenden.*) Dieselbe einseitige Beziehung des Kapitals zum Subjekt besteht, wenn der eine, um zu verkaufen, kauft von dem anderen, der zu Konsumptionszwecken verkauft. Das also prozessirende Geld ist für das Subjekt, das den Rückfluß erwartet, Kapital, und ohne den menschlichen Träger dieser Bewegung existirt kein Kapital. Das Geld heckende Geld (money which begets money) ist ein Phantom, das mit der ganzen merkantilistischen Theorie überwunden ist.

Die nähere Bestimmung dieser subjektiven Beziehung, das subjektive Agens liegt in dem voluntaren Element, in der individuellen Willensdisposition, welche die produktive Wirkung bestimmt. Was Thöl**) von dem Grundkapital der Aktiengesellschaft prädizirt, daß es ist eine gewollte Summe, gilt allgemein. Ein jedes Kapital ist ein gewollter Werthbetrag. Das gilt insbesondere von der elementaren Form des Kapitals, der Geldforderung, deren Realisirung immer nur im Willen des Kapitalisten liegt. „Der Unterschied zwischen Kapital und Nichtkapital liegt nicht in der Art der Güter, sondern in dem Willen des Kapitalisten.“***)

*) Adam Smith.

**) Thöl, Handelsrecht Bd. I. 5. Aufl. 1875 §§ 145 und 153. Seine Definition § 87: Kapital ist Geld oder Geldeswerth, als Waaren, Arbeit, Konnexionen, ist unhaltbar. Im Schatz und in der Börse des Konsumenten ist das Geld kein Kapital. Waaren, das sind Güter, welche sich auf dem Wege vom Produzenten zum Konsumenten befinden, sind Kapitalien nur so lange, als die subjektive Handelsbeziehung nicht durch Konkurs und dergleichen unterbrochen ist. Arbeit ist neben dem Kapital selbständiger Produktionsfaktor. Konnexionen sind keine selbständigen Werthe, mithin keine Kapitalien.

***) Mill (bei Knies, Bd. I, S. 14): the distinction between capital and not-capital does not lie in the kind of commodities, but in the mind of the capitalist.

Digitized by Google

Diese von Adam Smith als fundamentale Distinktion zwischen Kapital und Geld vorangestellte subjektive Produktionsbeziehung des Werths, der als Kapital prozedirt, zerschneidet freilich die mit großer Lebhaftigkeit vertretene Illusion, aus dem Kapitalbegriff eine so lange nicht geahnte Einsicht in das Wesen des Geldbarlehns zu gewinnen. Das zinsbare Darlehn, sagt Dankwardt,*) erweitert sich zu dem allgemeinen Begriff der Miethe eines abstrakten Werths und ist also die Kapitalmiethe. Das Wesen der Miethe unterscheide sich aber in nichts vom Wesen des Kaufs; denn Miethe sei Kauf eines Produktivdienstes von Kapital, ein gewöhnlicher Kauf, bei dem nur die Waare eigenthümlich. Also kaufe der Nehmer des zinsbaren Darlehns die Nutzung des Kapitals, also lassen sich alle dem Miethsvertrage eigenthümlichen Grundsätze auf das Darlehn übertragen, und, daß der Refrain nicht fehle, auch die römischen Juristen haben es sehr wohl eingesehen, daß das zinsbare Darlehn unter den Begriff der Miethe falle — Beweis: der Ausdruck usurae, der bedeute Aequivalent für den usus. Förster zerlegt demnach das Darlehn nach der Zinsbarkeit in Kapitalsleihe und Kapitalsmiethe und führt beide Geschäfte auf eine Veräußerung der Produktivdienste des Kapitals zurück. Nicht die Uebertragung der Geldstücke, sondern des Geldwerths mache das Wesen des Darlehns aus, der Eigenthumsübergang der Geldstücke auf den Empfänger sei nicht sowohl ein Moment im Begriff des Darlehns als nur eine Folge in der Natur des Gegenstandes. Die Zinsabrede erscheint also als einheitliches Geschäft mit dem Darlehn, die Zinszahlung ist Gegenleistung oder vielmehr Nachleistung. Da nun aber keiner der beiden Schriftsteller eine Definition des Kapitalbegriffs giebt, Dankwardt sich's sogar anderwärts an Roscher's Definition von Kapital genügen läßt, wonach Kapitalien solche Werthe heißen, welche von ihrem Inhaber aufbewahrt werden,

*) Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft 2 S. 15 ff. Uebrigens ein sehr alter Gedanke. Schon Besold stellte das Darlehn mit der locatio conductio zusammen. Roscher, Geschichte der Nationalökonomik Münch. 1874. S. 201.

Digitized by Google

um zu späterer Erzeugung von Werthen zu dienen, einer Definition, welche die scharfe Grenze von Vorrath und Kapital verwischt, so kann man eine Klärung dieses Gedankenganges nur bei Roscher suchen. Dieser Gelehrte statuirt indessen*) einen Gegensatz zwischen der ökonomischen und der juristischen Anschauung des „Kapitaldarlehns", der, wenn er begründet ist, die ganze Entdeckung annullirt. Der Jurist müsse den Schuldner als Eigenthümer des geliehenen Geldkapitals ansehen, dazu muß des Paullus „etymologische Spielerei" herhalten: appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit, der Jurist müsse den Schuldner die Gefahr desselben tragen lassen, weil sonst im Falle des Streits zwischen Gläubiger und Schuldner der böse Wille des letzteren Ausflüchte vorschützen könnte, die bei der fungiblen Natur des Geldes niemals sicher zu widerlegen wären. Sobald freilich die Befriedigung des Gläubigers unterbleibt, nicht wegen Böswilligkeit, sondern wegen Unfähigkeit des Schuldners, da zeige sich sofort die Richtigkeit der national-ökonomischen Auffassung, welche den Gläubiger noch immer als Eigenthümer und Gefahrträger des verliehenen Kapitals betrachte. Hieraus vornehmlich soll sich die Zinszahlung erklären.

Der Prüfstein der neuen Lehre ist das Konsumptivdarlehn, weil dieses jede Beziehung zur Produktion auf Seiten des Schuldners unterbricht. Wer zu konsumptiven Zwecken ein Darlehn nimmt, der kann keine Produktivdienste des Kapitals kaufen wollen, der vernichtet fernerweit schon mit der Annahme, definitiv mit der Ausgabe des geliehenen Geldes dessen Funktion als Kapital. „Das im Darlehn in das Eigenthum eines Anderen übertragene Kapital verbleibt selbstverständlich für den Empfänger nicht mehr Kapital, wenn dieser die betreffenden Güter zur Befriedigung eines präsent gewordenen Verbrauchsbedarfs verwenden muß, beziehungsweise desselben wegen eines schon in vergangener Zeit erfolgten Verbrauchs benöthigt ist."**) Einen Rückfluß des zur

*) In der Vorrede zu Dankwardt's nationalökon.-civilist. Studien.
**) Knies, Geld u. Kredit Bd. 1 S. 96.

Digitized by Google

Genußverzehrung ausgegebenen Geldwerths erwartet der Darlehnsnehmer garnicht; wollte man ihm, der das erborgte Geld verthan, angesichts der Oede seiner Geldtasche vorhalten, daß er sich fortdauernd im Miethsbesitz des Geldwerths befinde, ihm würde, die Befürchtung liegt nahe, der Glaube an den wissenschaftlichen Ernst dieser Vorhaltung nicht kommen. Andererseits hört bei jedem Darlehn, sei es zinsbar oder nicht, sei der Kredit produktiv oder konsumptiv, der Dahrlehnsgeber auf, Eigenthümer des Geldwerths zu sein, und hierin muß die ökonomische und die juristische Auffassung sich begegnen; denn das Geld geht von nun an ökonomisch und juristisch seine eigenen Wege. Konsumirt es der Darlehnsnehmer, so ist die kapitalistische Funktion des Geldes unterbrochen; wirft er das Geld in die Produktion ein, so entsteht aus dieser Thatsache eine neue Existenzweise des Kapitals. Für den Darlehnsgeber hört mit der Gabe jede Beziehung zum Geld und Geldwerth und zu dessen kapitalistischer Funktion auf. Eine einzige Realität ist ihm geblieben — die Forderung.

Sobald das Geld hingegeben ist, geht es unabhängig seine Wege; nicht das Geld kann fernerweit das Substrat des Kapitals sein, sondern nur die Forderung. Und ob zur Konstituirung einer Kreditforderung eigentliches Währungsgeld hingegeben wird oder ausländische Münze, Papiergeld, Banknoten oder Geldkreditpapier, ob die Kreditforderung vielleicht konstituirt wird durch Abtretung einer durch Schenkung entstandenen Forderung, das alles ist für die kapitalistische Funktion der Forderung ohne alle Bedeutung.

Sachliche Substrate der Kapitalien, das ist der positive Gewinn dieser Abwehr der Vermengung von Kapital und Geld, können Forderungen sein. Kapitalien können aber alle Sachobjekte sein, welche Werthe repräsentiren und also zur Bildung von Neuwerthen, das heißt zur Produktion, verwandt werden können. Ce n'est pas la matière, qui fait le capital, mais la valeur de ces matières. (Say). In der Zirkulation funktioniren alle Sachobjekte: Waaren und Geld, nur als Existenzweisen des Werths. „Es wird der Werth Subjekt des Prozesses,

Digitized by Google

worin er unter dem beständigen Wechsel der Formen von Geld und Waare seine Größe selbst verändert, sich als Mehrwerth von sich selbst aus ursprünglichem Werth abstößt, sich selbst verwerthet.*) Lehrbücher der Nationalökonomie beschäftigen sich damit, diese Substrate zu klassifiziren.**) Es werden neben dem Gelde genannt Handelsvorräthe, Maschinen, Bauwerke, Arbeits- und Nutzthiere und so fort.

Daß Grund und Boden ein Kapital repräsentiren kann, ist vielseitig bestritten, aber außer jedem begründeten Zweifel. Die Zweifel hängen zum Theil zusammen mit einer gewissen Befangenheit der Reaktion gegen die mittelalterliche Anschauung, daß das Geld um seiner natürlichen Sterilität willen außer Stande sei, als Kapital zu funktioniren, daß nur die Arbeit und die in Grundstücken, Thieren, Körnern wirkende sinnliche Erzeugungskraft Faktoren der Produktion seien. Indessen darf die Erkenntniß, daß Sterilität oder Fruktuferenz des sachlichen Substrats für den Kapitalbegriff bedeutungslos ist, nicht dahin führen, die Sterilität zur Voraussetzung des Begriffs zu nehmen. Zum anderen Theil war es die eigenthümliche Grundrententheorie Ricardo's, welche die Einsicht in die Parallelität der Grundrente mit jedem anderen Kapitalgewinn erschwerte. Seitdem diese Theorie von der Fruchtbarkeitsdifferenz als der Ursache der Grundrente, zumeist in Folge von Carey's Angriffen, aus den

*) Marx, Kapital. 2. Aufl., S. 137.

**) Außer jedem Zusammenhange mit der Produktion ist die Beschreibung Ihering's (Zweck im Recht Bd. 1 S. 178): „Kapitalien sind Ueberschüsse der Wirthschaft, welche die fortgesetzte Anfechtung des Bedürfnisses siegreich bestanden haben — werden die Ersparnisse mehr, als bei dem Normalmaß des individuellen Bedürfnisses verbraucht werden, so nennen wir sie Kapitalien." Das ist so wenig richtig, als darin Vorräthe, Spargroschen, Schätze einbegriffen sind, als das Geld, der Zirkulation entzogen, zum Schatz versteinert und kein Farthing ihm erwächst, ob es bis zum jüngsten Tage fortlagere (Marx S. 134), als der Spartrieb dort grassirt, wo Produktion und Zirkulation am Schwächsten ist. Der irische Arbeiter ist bekannt wegen seines Spartriebs und ebenso der Lappe und Hindu. Carey's Lehrbuch der Volkswirthschaft. 2. Ausg. von K. Adler S. 440.

Digitized by Google

praktischen Gedankenkreisen der Oekonomie zurückgetreten ist, bricht sich die Auffassung widerstandsfreier die Bahn, daß der Grundbesitz nur eine Existenzweise des Kapitals ist. „Indem der Grundbesitzer seinen Reinertrag zu dem gewöhnlichen Zinsfuß kapitalisirt, indem er also die Kräfte seines Grund und Bodens einer Geldsumme gleichsetzt, die ihm nicht viel weniger Zinsen als den Betrag seines Bewirthschaftungsgewinnes einbringt, bestätigt er, daß der Grund und Boden nichts als eine Art des Kapitals sei.“*) Parallelen mit dem sonstigen Kapitalgewinn bietet die Grundrente (das Einkommen, das der Grundeigner als solcher bezieht) sowohl in dem Pachtzins, der dem Geldkapitalzins darin gleichsteht, daß er nicht auf eigener Kapitalswirthschaft beruht, als auch bei der eigenen Grundwirthschaft, wo die Grundrente den Lohn für die Arbeit der Leitung und Aufsicht und den eigentlichen Kapitalgewinn, den Lohn der Rechtsordnung für den Einwurf des Produktionsmittels in die Produktion, in sich vereinigt.

Dieser weite Kreis der sachlichen Objekte, welche als Kapitalien funktioniren können, ist indessen fest bezirkt durch ein Maß, welches bereits schrittweise der Reflexion Grenzen gesteckt hat, durch die Beschränkung des Kapitalbegriffs auf diejenigen Sachgüter, welche Tauschwerth**) besitzen. Es liegt diese Beschränkung schon im Wortsinn Kapital, sobald derselbe in das Gebiet der Produktion, und das heißt der Werthbildung, versetzt wird. Indem das Kapital hier die sachliche Grundlage der Produktion, den Stamm der Neuwerthe bezeichnet***), so folgt aus der Homogenität von Stamm und Frucht, aus der Korrespondenz von Werth und Neuwerth, daß das Kapital als Quelle von

*) Dühring, Kritik des Kapitalbegriffs und seiner Rolle in der Volkswirthschaftslehre in Hildebrand's Jahrb. f. Nationalökon. Bd. 5 S. 321.

**) Tauschwerth ist das in allen gesellschaftlich anerkannten Gütern vorhandene Quantum fungiblen Gebrauchswerths (Knies Bd. 1 S. 222) oder mit weniger Worten der gesellschaftliche Gebrauchswerth (Rodbertus, S. 42).

***) Schon in der klassischen Latinität hat caput die Bedeutung des Anfangs und Ursprungs.

Digitized by Google

Werthen selbst nur Werth sein kann. Ausgeschlossen ist mit dieser Beschränkung das nebulose Gebiet alles sogenannten geistigen und moralischen*) Kapitals. Ueberraschend, welche Phantasieen die Dissolution von diesem Begriffsmoment getrieben hat, die allerdings schon bei Adam Smith als Arabeske auftritt. Das Christenthum, die Abschaffung der Sklaverei, die Erblichkeit des Throns, das Vertrauen unter den Mitgliedern einer Religionssekte, die Religion selbst, Intelligenz, Willensfähigkeit, Erfindungsgabe, Unternehmungsgeist, die Kundschaft einer Firma, sogar der Staat — das Alles ist von einzelnen Oekonomen für geistiges Kapital erklärt. Ein wissenschaftlicher Gewinn ist freilich aus diesen Schematisirungsversuchen so wenig gezogen, wie je ein Kaufherr den bezüglichen Kapitalgewinn zu buchen versucht haben kann. Der einfache Gedanke, der diesen Verirrungen zu Grunde liegt, daß alle produktive Kraft in den gesellschaftlichen und rechtlichen Zuständen wurzelt, unter denen sie sich bethätigt, ist ohne diese Ornamentik verständlicher.

Pecunia pecuniam parere non potest. Tempus ex se pecuniam parere non potest. An diesen Fundamentalsätzen der scholastischen Zinslehre soll nicht gerüttelt werden. Sterile Sachobjekte, die nicht zeugen, nicht gebären können, als Stamm von Neuwerthen zu fassen, den Werth als Quelle von Werthen zu fixiren, ist nur möglich in der Sphäre der Immaterialität. Das sachliche Objekt funktionirt als Kapital, es ist aber nicht das Kapital. Das Kapital, zu dem die Sache nur in dem Verhältniß des Substrats steht, ist kein Stück der Natur, vielmehr „eine Schöpfung einer zweiten Natur: der Welt des Kapitals". „Der Begriff des Kapitals beruht vorzugsweise darauf, daß die bei der Produktion verbrauchten Güter zwar ihre bisherige Form einbüßen, aber ihrem Werth nach im Werth des Produkts wieder

*) Carey a. a. O. S. 445.: das Kapital ist das Werkzeug, mittels dessen die Arbeit verrichtet wird, ob es in der Form von Grundbesitz, Schiffen, Wagen, Häusern, von geistiger, körperlicher oder moralischer Kraft bestehe. Diese Beschreibung ist auch darum unrichtig, weil das Kapital als Grundlage der Produktion von dem bloßen Arbeitswerkzeug durchaus verschieden ist.

Digitized by Google

zum Vorschein kommen." (Roscher.) Selbst das Geld, das in die Zirkulation geht, um vermehrt zurückzukommen, fließt wohl nie in denselben Münzen zurück. Dieses Phänomen des Rückflusses unterscheidet aber die Zirkulation des Geldes als Kapital von seiner Zirkulation als bloßes Geld. Ohne diese zweite Phase ist die Operation mißglückt, der Prozeß unfertig oder unterbrochen.

Die Kette ist geschlossen. Die wirthschaftliche Potenz, die in der Sache liegt und mit ihr verbunden ist, nicht aber die Sache selbst ist, die immateriell und reell zugleich ist — das ist der Werth der Sache. Wird der Werth als Quelle von Neuwerthen gesetzt, so heißt er diesen gegenüber das capitale. Das Kapital ist demnach definirt als der Werth der in den Sachgütern enthaltenen produktiven Kraft, als der Sachwerth, der als Quelle von Werthen gesetzt ist, und mit weniger Worten als der produktive Sachwerth oder ein Komplex produktiver Sachwerthe.

In dieser Definition*) sind die sämmtlichen Momente des Begriffs enthalten. Die Beziehung zur Produktion liegt in ihr wortmäßig. Unmittelbar damit ist gegeben die Beziehung zur Rentabilität; denn die Produktion setzt sich nicht um ihrer selbst oder bloßer Schaffensfreude willen in Bewegung, nicht aus dem bloßen Trieb des sozialen Produktionsberufs, sondern mit Rücksicht auf das positive Recht des Unternehmungslohns und Kapitalgewinns, welches das Interesse des Produzenten an der Erfüllung

*) Anders Endemann, nationalökon. Grundsätze der kanonist. Lehre, S. 135: „der in der Sache enthaltene ideale Werth als Element der Produktion und Gegenstand des Gebrauchs". Der Beisatz „ideal" ist unverständlich, der Zusatz „Gegenstand des Gebrauchs" mindestens überflüssig. Schäffle, (Kapitalismus und Sozialismus S. 608) rechnet „zum Kapitalvermögen alle durch das Streben nach Gewinn gebildeten und zusammengehaltenen selbstständigen Körper von Produktions- bezw. Erwerbsmittel oder juristisch gedacht: die rechtliche Macht der Verfügung über solche Körper." Die Macht der Verfügung über das Kapitalvermögen wird aber absorbirt durch die Macht der Verfügung über die einzelnen Substrate des Kapitals, und diese nennt der Jurist das Eigenthum, die Obligatio u. s. w.

Digitized by Google

dieses Berufs stimulirt. Der Werth, der aus dem Werth entsteht, ist mithin regulär Mehrwerth, bei verfehlter Spekulation Minderwerth, immer ein Neuwerth. Es ist inbegriffen in der Definition die Beziehung zum produzirenden und Antheil bildenden Subjekt, die in dem voluntaren Element ihre nähere Bestimmung findet; denn die produktive Kraft des Kapitals wird nur dadurch gelöst, daß das produzirende Subjekt das Produktionsmittel in das Getriebe der Produktion einwirft, daß eine Person sich zum bewußten Träger der Bewegung macht, in der der Werth sich verwerthet. Es ist wortmäßig in der Formel enthalten das Moment des Werths, das einerseits in der Sphäre der Immaterialität liegt und dadurch die Wandelungsfähigkeit des sachlichen Substrats erklärt, das andererseits die Möglichkeit der Liquidation, der conversio in pecuniam*) erheischt und in dieser letzteren ökonomischen Instanz seine Realität offenbart. In dieser Realität aber liegt der scharfe Unterschied von einer „bloßen Abstraktion", zu der man das Kapital hat verflüchtigen lassen wollen.

Allerdings ist es der Sinn des Wortes Kapital, der eine bestimmte Definition und diese Definition erheischt. Wenn man das Beiwort capitale ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Sachgut gebraucht, wenn man das bestimmende Moment für sich zur begrifflichen Selbstständigkeit erhebt, dann muß dieses bestimmte Moment ein solches sein, welches allen Sachgütern gleichmäßig inhärirt, die privatwirthschaftlich überhaupt in Betracht kommen. Auf dem gesammten Gebiet der Oekonomik giebt es nur eine Potenz, von der dieses prädizirt werden kann, auch nur eine Potenz von der Wichtigkeit, daß sie für sich das ökonomisch Relevante darstellen kann. Diese Potenz ist der Werth. Das Hauptsächliche kann also nur den Hauptwerth bedeuten. Und da wir zwar verschiedene Werthanschauungen haben: den Gebrauchswerth, Tauschwerth, Produktionswerth, Reproduktionswerth, Produktivwerth, von jedem dieser verschiedenen Anschauungspunkte

*) fr. 18 D. qu. metus c. 4, 2.

Digitized by Google

aus aber nur ein einheitliches Werthbild sehen, so kann die Beziehung des Hauptwerths zu dem nebensächlichen Werth nicht in der Gleichzeitigkeit, sondern nur in einer zeitlichen Folge liegen. Mangels jeder näheren Bestimmung kann der Hauptwerth mithin nur als zeitliche Grundlage des Nebenwerths gedacht werden. Der Kapitalbegriff gehört also in das Gebiet der Werthbildung, Ausgang und Schluß der Definition ist somit wortsinnlich fixirt. Wenn das Wort Jahrhunderte hindurch ausschließlich von der in einem Darlehn hingegebenen Geldsumme verstanden ist, die man deutsch Hauptgeld, Hauptsumme nannte, so lag diese Beschränkung nicht im Wortsinn, sondern darin, daß der Werthbegriff noch nicht von der Anschauung des Geldes abstrahirt war.*)

Indem das Kapital als wirthschaftliche Potenz zugleich Ursache von Rentabilitätswirkungen ist, so ist es ein ökonomisch-juristischer Begriff, dessen beiderseitige Phänomene nur aus einem einheitlichen sozialwissenschaftlichen Gesichtspunkt zu begreifen sind. Kein Rechtsobjekt für sich, weder in der Obligation noch in der Grundschuld, noch in dem Antheilsrecht am assoziirten Kapital; kein Gegenstand des Eigenthums, des Besitzes oder dinglicher Rechte, denn die rechtliche Herrschaft über das Kapital geht auf in den rechtlichen Beziehungen auf die sachlichen Substrate desselben. Keine bloße Eigenschaft von Sachen ist das Kapital; denn die Produktivität liegt nicht in der Sache für sich, sondern im Verhältniß zum produzirenden Subjekt, und der Werth der Sache, aus dem das Kapital resultirt, ist keine Eigenschaft der Sache, ist vielmehr ein faktisches Verhältniß, das mit Ort und Zeit wechselt. Isolirt ist keine Waare tauschwerthig, nur im Austauschverhältniß zu einer anderen Waare. Keine fingirte Sache ist das Kapital, keine bloß formale Unterlage von Rechtsverhält-

*) In der interpretatio zu l. 1 Cod. Theod. de usuris rei judicatæ, 4, 19 findet sich nach Knies zuerst das Wort. Seine Verbindung mit debitum nach der Hänel'schen Ausgabe: ut de capitali debito tantum duplæ usuræ reddantur zeigt klar, daß dasjenige Substrat des Kapitals, welches sprachlich zunächst lag, nicht das Geld, sondern die Schuld, die Obligatio ist.

Digitized by Google

nissen, kein bloßes Rechnungszeichen etwa wie das „minus unendlich“ der höheren Rechenkunst oder die neuerdings beliebten Denkformen oder Denkfiguren der Juristen; denn es hat das Kapital eine gewaltige Realität, es ist gerade so wirklich, d. h. „wirksam in Wirkungen“ (Ahrens) wie irgend ein Stück der Natur, nur daß seine Wirklichkeit unkörperlich ist und nicht sinnlich, sondern durch geistige Reflexionen wahrgenommen wird. Es ließe sich das wohl so ausdrücken, daß das Kapital, sofern es als Beziehungspunkt von Rechtsverhältnissen erscheint, vom Recht als Sache behandelt werde, wiewohl es ein bloß Gedachtes ist, und zu dieser Ausdrucksweise drängt vielleicht ein Zug geistiger Bequemlichkeit, der von den Abstraktionen immer wieder zu konkreten Gestaltungen treibt — „man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Recht als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das Recht gehe, ist für jede Kategorie von juristischen Sachen besonders zu bestimmen“. (Windscheid.) Kein Zweifel, daß in dieser Reserve die konkrete Gestalt sich wieder verflüchtigt. Und wenn es wirklich deutschrechtliche Auffassung gewesen, daß bestimmte Seiten oder Möglichkeiten aus der allgemeinen Sachsphäre heraus und für sich als besondere Rechtsobjekte erhoben waren, indem dieselbe Sache einer Gesammtheit und Einzelnen gehörte, an demselben Grundstück landrechtliche Gewere des einen und lehn- und hofrechtliche Gewere des anderen bestand, Zins- und Zehntrechte, Anwartrechte von Erben und sonstige Eventualrechte, grund- und vogteiherrliche Befugnisse — so ist daraus ein Stoff zur Erkenntniß des geltenden Rechts wohl nicht zu entnehmen. „Nur das Gut selbst, nicht auch seine Eigenschaften und Funktionen sind der Gegenstand der rechtlich geschützten Ausbeute, nur das Gut ist das Substrat des vom Recht gesicherten Genußgehalts“. (Kohler.)

Man kann mit anderen Worten ein Recht „auf den Werth“, d. h. auf Leistung des Werths haben, und ein solches Recht ist das Kapitalsantheilsrecht in seinen verschiedenen Formen, nicht

Digitized by Google

aber ein „Recht am Werth“. Es versteht sich von selbst, daß das blos Intelligible nicht im körperlichen Sinn besessen und gebraucht werden kann. „Es gehört aber auch garnicht zum Begriff eines subjektiven Rechts, daß die Durchführung des Willens an dem unterworfenen Objekt in unmittelbar körperlicher Weise möglich ist“. (Hartmann.) Daß insbesondere das dingliche Recht eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache verleihe, ist eine antiquirte Auffassung. Sie ist wohl allgemein gewichen dem Gedanken einer unmittelbaren Beziehung auf eine Sache. Nur ist dieser Gedanke, dessen Unbestimmtheit schon Puchta gerügt hat, nicht geschlossen genug, im Einzelnen alle Zweifel zu bannen.

Mit dieser Wortdefinition ist das Problem der Produktivität des Kapitals gestellt, aber nicht gelöst, ist nicht erklärt, wie die rechtliche Vernunft es vor sich selbst rechtfertigt, den Werth als Quelle von Mehrwerth zu behandeln, dem Kapitalisten, der den Werth hat, den Mehrwerth zu geben.

Das Problem selbst wird als sinnlos verworfen von der kanonistischen Doktrin des Mittelalters einerseits und andererseits von dem modernen wissenschaftlichen Sozialismus.

Quia ex sui natura est peccatum, ideo est prohibita (usura), non autem est peccatum, quia sit prohibita. Wie soll die pecunia Früchte erzeugen? Wie sollte sie dem Darlehnsgeber, der aufgehört hat, Eigenthümer der pecunia zu sein, die Früchte tragen? Wenn der Verleiher für die bloße Darlehnszeit eine Vergütung nehme, so würde er die Zeit selbst, ein commune omnium, um Geld verhandeln.

Der moderne Sozialismus faßt das Problem in seinem rationellen Umfang. Ihm erscheint die Selbstverwerthung eines jeden Kapitals, des Industriekapitals, des Handelskapitals und der im Grund und Boden radizirten Werthe, nicht blos der zinsbaren Geldforderung, als eine juristische Illusion, die das Gesetz nicht als Produkt der materiellen Produktionsverhältnisse, sondern diese als Produkt des Gesetzes betrachtet. Das Geheimniß von der Selbstverwerthung des Kapitals löst sich auf in die Verfügung des Kapitalisten über ein bestimmtes Quantum un-

Digitized by Google

bezahlter fremder Arbeit. Aus dem Kapital kommt der Mehrwerth nur heraus durch einen quantitativen Ueberschuß von Arbeit, nur dadurch, daß der Arbeitstag verlängert wird über die Grenze der zum Leben des Arbeiters nothwendigen Arbeitszeit. Indem die Mehrarbeit durch das Kapital angeeignet wird, hat der Mehrwerth den Reiz einer Schöpfung aus nichts.*)

Die Einsicht, daß es die allgemeine Signatur der bestehenden Rechtsordnung ist, den sozialen Produktionsberuf durch das private Interesse zu treiben, reicht zur Lösung des Problems nicht aus. Allerdings ist der Produktionsgewinn eine Prämie, die das Recht dem Produzenten zutheilt für den Einwurf seines Produktionsmittels in die Produktion. Nur ist damit noch nicht die innere Berechtigung, das Wesen und das Maß des Produktionsgewinnes erklärt.

Das Kapital ist produktiv, sowohl das Industriekapital wie das Handelskapital. Die Produktivität des Industriekapitals beginnt, wo die Produktionsmittel sich als Kapital dem Arbeiter gegenüber verselbständigen und ihrerseits die Produktivkraft der Arbeit erhöhen. Diese Erhöhung liegt in der Differenzirung und Spezialisirung der Arbeiten und Arbeitsinstrumente, in der Kombination verschiedener Arbeiten und der Verdichtung der Uebergänge von der einen Operation zu der anderen, in der Vermittelung der Kooperation und dem Ersatz der menschlichen Arbeitskraft durch Maschinen. Die Kombination der Arbeitskräfte ist etwas Höheres als die bloße Summirung derselben. Was der Arbeiter in die Produktion einwirft, was der Kapitalist in der kapitalistischen Produktionsweise zu löhnen allein Veranlassung hat, das ist die vereinzelte Arbeitsleistung. Die Gesammtleistung ist aber nicht blos ein Vielfaches der Einzelleistungen, sondern mehr als dieses. In diesem Mehr steckt die unmittelbare Produktionswirkung des Kapitals. Die aus der Kombination der Arbeiten entspringende Produktivkraft erscheint daher als Produktivkraft des Kapitals.

*) Marx, das Kapital 2. Aufl. S. 186, 206, 207, 554, 587, 644.

Digitized by Google

Die Schlußprobe der Definition ist der Darlehnszins.

Man glaube nicht, daß nach einer mehrhundertjährigen Arbeit eine annähernde Uebereinstimmung der Ansichten über den Rechtsgrund dieses Geldzinses gewonnen sei. Es scheint sogar, als verzichte man in der Gegenwart auf eine tiefere Begründung desselben. Ein solcher Verzicht ist es, wenn man sich an der Einsicht genügen läßt, daß der Gläubiger Eigenthümer der Geldsumme ist und in dem Darlehnsvertrag die Bedingung des Zinsenempfangs so gut stellen kann, wie eine andere Bedingung; denn, daß er andere Bedingungen so selten stellt, kann nur darin seinen Grund haben, daß ihm der Geldzins als die natürliche Frucht seines Kapitals erscheint. Auf einen solchen Verzicht läuft es auch hinaus, wenn Knies in seinem, von juristischer Seite immer noch nicht genügend gewürdigten Werk über das Geld und den Kredit den Geldzins definirt*) als den Preis für die gewährte Befriedigung eines wirthschaftlichen Bedürfnisses. Die Definition läßt schon äußerlich außer Acht, daß dieser Preis anders wie jedes andere Aequivalent für eine Bedürfnißbefriedigung nicht in einer Summe, sondern in Terminalgefällen gegeben und genommen wird.

Zinsen sind äußerlich Früchte der Forderung, der einzigen kapitalistischen Realität, die dem Gläubiger nach der Hingabe des Geldes bleibt, innerlich, wie jeder Produktionsgewinn, eine Prämie des Rechts für den Einwurf des Produktionsmittels Geld in das Produktionsgetriebe zu Händen des produzirenden oder seine Produktion vorbereitenden oder erhaltenden Schuldners.

Diese Prämie setzt sich bei einer schärferen Analyse auseinander

1. in ein arbeitslöhnendes Moment, das sich zerlegt

a. in die Lohn- und Kostenvergütung für die Bankgeschäftsmühen, insbesondere die Verwahrung, Verwaltung, Aushändigung des Geldes und die demnächstige Einziehung desselben,

b) in den eigentlichen Unternehmungsarbeitslohn, bestehe die

*) Knies, Geld und Kredit. 2. Abth. 2. Hlfte. Berl. 1879 S. 40.

Digitized by Google

Unternehmungsarbeit auch nur in der Prüfung der Kreditwürdigkeit, der Auswahl und dem Ankauf der zinsbringenden Papiere;

2. in das kompensative Moment, das sich wieder zerlegt

a. in die Ausgleichung für die Schwächung der ökonomischen Position des Kapitalisten, die sich, abgesehen von dem Risiko der Verleihung, darin vollzieht, daß

α. das Geld als Anweisung von Jedermann auf Jedermann negotiabler ist als die Forderung, deren Tauschverwerthung nur mit einem beschränkten Kreis von Kunden rechnen kann,

β. der Werth des gegenwärtigen Guts (des Geldes) in Rücksicht auf die höhere Dringlichkeit gegenwärtiger Bedürfnisse höher ist als der Werth eines künftigen Guts,

b. in die Vermögensausgleichung für den Verzicht des Kapitalisten auf eigene anderweite Produktion;

3. in das sozietäre Moment: eine fixirte Dividende vom Produktionsgewinn des Darlehnsnehmers, bei dem die Produktivität des Kapitals unter normalen Verhältnissen höher ist als beim Darlehnsgeber, mag dieser Höhenunterschied entstehen aus der Verschiedenheit der Produktionsfelder oder aus den Graden des subjektiven Verstandes, Geschicks, Fleißes;

4. in das aleatorische Moment, die Wagnißprämie;*)

5. in das Moment der Brutalität, das in der formalen Eigenthumskonsequenz auf der Grenzsphäre der rechtlichen Freiheit, wo die bloße rechtliche Erlaubniß gilt, als Recht in der Form, als Unrecht im Inhalt sich in jede rechtliche Figuration einschleicht.

Die Irrthümer des Scharfsinns sind lehrreich, wie oftmals erprobt worden. „Die ursprüngliche kanonistische Lehre und Gesetzgebung wußte von Konzessionen nichts. Allein ihren scheinbar so einfach strengen Regeln über die Sündlichkeit des Zinses gegen-

*) Das aleatorische Moment wird bisweilen als Versicherungsprämie gefaßt. Grundirrig; denn die höchste Risikoprämie kann dem Gläubiger niemals die geringste Versicherung gegen Verlust durch die riskirte Kreditgewährung geben, die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes wird sogar durch die Erhöhung des Zinses verstärkt.

Digitized by Google

über trat das Leben mit seinen Forderungen so mächtig auf, daß am Ende sogar diejenigen Schriftsteller, die sich ganz auf dem kanonischen Boden bewegen wollten, in eine Masse von Ausnahmen und Unterscheidungen gestürzt wurden.“*) Das Schema ist wenig mehr als eine Generalisirung der kanonistischen Schlupfgründe für die exzeptionelle Rechtfertigung des Zinses. Der Scharfsinn der Kanonisten irrte, als er seine Zinsgründe als Ausnahmen behandelte. In richtiger Generalisirung sind dieselben in jeder Kreditgabe zu finden.

Pecunia juncta cum hominis operatione pecuniam parere potest. Daher der für die Interessen der montes erfundene labor numerandi und die transportatio realis, virtualis, fictiva. Der labor numerandi, der noch heute bei wucherischen Pressionen unter der brutalen Bezeichnung eines Zählgeldes spielt, ist überall da, wo ein Darlehn gegeben wird; und wenn das Aufzählen des Geldes oder des Geldsurrogats Arbeit ist, dann ist Arbeit auch die Prüfung der Kreditwürdigkeit und die fortgesetzte Beobachtung derselben während der Kreditzeit. Und da gegenüber den sozialistischen Irrlehren festgehalten werden muß, daß es bei der Arbeit überhaupt nicht ankommt auf die physische Verausgabung von Muskelkraft und Gehirnkraft, sondern auf den Arbeitseffekt, daß die Leistung im Dienst der Produktion und nicht jener physiologische Prozeß das Löhnungsobjekt bildet, so sublimirt sich der labor numerandi zur ökonomischen Leistung des Kreditgebers überhaupt. Die soziale Leistung desselben, die das Recht im Zins prämiirt, ist aber der Einwurf des Produktionsmittels Geld in das Getriebe der Produktion zu Händen des produzirenden Kreditnehmers.

Quisque potest se indemnem habere nec tenemur alteri subvenire cum notabili damno nostro. Die Vergütung besonderer Aufwendungen und Unkosten, etwa zur Beschaffung des dargeliehenen Geldes, ist gestattet wie der Ersatz aller positiven Beschädigungen und jeder nachweisbar durch die Entbehrung des

*) Endemann, die nationalökonomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre, S. 30.

Digitized by Google

Geldes entstandenen Vermögenseinbuße — das damnum emergens des Albertus Magnus. Indessen erleidet jeder Darlehnsgeber eine Vermögenseinbuße durch die Kapitalsmetamorphose, die sich in der Darlehnsgabe vollzieht. Statt der nummi wird die Forderung das sachliche Substrat seines Kapitals, und die „Kaufkraft" des Geldes ist unter gewöhnlichen Verhältnissen höher als die einer noch so sicheren Forderung. Vereinzelte Ausnahmen des Wechselverkehrs, wo gesuchte Wechsel auf einen auswärtigen Platz soviel Geldwerth repräsentiren als die Wechselsumme und die Transportkosten des Geldes, kommen nicht in Betracht. Der Schade soll ein wahrscheinlicher sein — so pocht das kanonische Gewissen. Er ist immer ein sicherer, denn die Darlehnsforderung kann im günstigsten Fall nur zu einer Anweisung auf eine bestimmte Person benutzt werden, Garantien müssen besonders gesucht werden. Das Geld läuft als Anweisung von Jedermann auf Jedermann, und der Kredit, der in der Münze urkundmäßig ausgeprägt ist, wird durch den Metallwerth derselben unmittelbar garantirt. Darf aber der Schadenersatz von vornherein in einem bestimmten Anschlag vertragsmäßig festgestellt werden? Auch dieses kanonistische Bedenken verdeckt eine tiefere Perspektive. Zwischen dem taxirten Schadensinteresse und dem Zins besteht kein Unterschied. Jedweder Schadensnachweis ist in Wahrheit nichts als Taxe, selbst der anscheinend sichere Werthausdruck einer Sache im Preise ist nur das Resultat eines Vergleichs der Paziszenten über ihre verschiedenen Werthanschauungen. Verzugszinsen, welche die kanonistische Theorie für gerecht erachtete, sind auch nur ein gesetzlich festgestelltes Durchschnittsmaß für den dem Gläubiger aus der Nichtzahlung erwachsenden Schaden. Sie repräsentiren nicht sein ganzes Interesse.*)

Der Gedanke der zeitlichen Werthdifferenz des Geldes war im Wechselverkehr zum Durchbruch einer prinzipiellen Anschauung gelangt, blieb aber auf dieses Gebiet merkwürdiger Weise beschränkt. Hier heißt es: pecunia praesens plus valet quam pecunia futura.

*) Stegemann, Rechtsprechung des R.O.H.G. Bd. 7 S. 9.

Digitized by Google

Die Entschädigung des Kapitalisten für den Verzicht auf eigene anderweite Produktion heißt schon bei Thomas von Aquino das lucrum cessans. Da die Schwierigkeiten eines solchen konkreten Nachweises der berüchtigten probatio diabolica spotten, so kann auch dieser Gedanke, wenn man ihm ohne Reserve folgen darf, nur als eine allgemeine Zinsanschauung verwerthet werden.

Auch das sozietäre Moment, das über den blos kompensativen Ausgleich hinaus wirkt, lag inmitten der Irrgänge der kanonistischen Doktrin. Die Sozietät schien derselben nichts Wucherisches zu enthalten, weil der Kapitalseinleger, anders wie bei Darlehn, Eigenthümer des Geldes zu bleiben, somit die Gefahr desselben zu tragen schien. Daß beide, Sozius und Darlehnsgeber, ein Produktionsmittel in das Produktionsgetriebe einwerfen, daß der normale Darlehnskredit der Produktivkredit ist, der von dem werthbildenden Moment der Arbeit gerade so beherrscht wird wie die Sozietät, daß Sozius und Darlehnsgeber gleichmäßig Gefahr tragen, und es ebenso unbestimmt ist, ob die bestimmten Darlehnszinsen eingehen, als der Sozietätsgewinn in sich unbestimmt erschien, das alles konnte dem Scharfsinn der Kanonisten nur darum entgehen, weil sie in einer wirthschaftlichen Aera lebten, in der die meisten Darlehnsgeschäfte nur aus Lebensnoth gemacht wurden, der Konsumptivkredit den Produktivkredit überwog.

Wenn eine unsichere Forderung ratione periculi unter ihrem Betrage verkauft werden durfte, so lag die Einsicht nicht fern, daß die Darlehnsforderung überhaupt ein im höheren Grade unsicherer Besitz ist als die Geldsumme, und daß das Risiko bei allen Geschäften ein Bildungsmoment des Preises ist. Um dieser prinzipiellen Anschauung auszuweichen und dennoch den dringendsten Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen, mühte sich die Doktrin um den scheinbar engeren und wieder gefährlichen, aber auch von Grund aus perversen Behelf einer Selbstverbürgung des Darlehnsgebers um Lohn.

Ex sola mutui participatione oritur foenoris praesumptio. Wenn schließlich bei jedem Darlehn die wucherische Absicht ohne Weiteres zu vermuthen war, so lag gerade in dieser Vermuthung

Digitized by Google

die Einsicht, daß der Zins, das irrig so genannte Kapitalmiethgeld das Natürliche sei. (Endemann.)

Daß die Doktrin des Mittelalters sich vor dem Problem der Produktivität des Kapitals verschloß, lag an ihrer Vermengung der Begriffe des Geldes und des Kapitals.

Tiefer liegt die Fehlerquelle des modernen Sozialismus, der das Problem zu zertrümmern glaubt, indem er die Arbeit allein als werthbildende Substanz behandelt. Sie liegt auf der Flucht der schiefen Ebene, auf der die im Recht begründete Lebensordnung durch sogenannte „Naturgesetze der Wirthschaft" zerrissen und die ökonomische Gesellschaftsform als ein „naturgeschichtlicher Prozeß" behandelt wird. Nirgend existirt eine menschliche Produktion außerhalb der im positiven Recht begründeten Lebensordnung. Die natürliche Oekonomie ist dasselbe Phantom wie das natürliche Recht.

Läßt der Eigenthümer die Grundschuld *für sich* eintragen, so fixirt er einen Theil seiner von Reallasten und Hypotheken *ungebundenen* Grundrente sowohl in dem unmittelbaren *Jahresbetrage*, als in dem *Kapitalbetrage*, der diesem Ertrage entspricht und die betreffende Sphäre des nutzungsfreien Eigenthumsgehalts repräsentirt.

Es entspricht diese Fixirung des *Kapitals* nicht nur dem Verkehrsinteresse, sondern dem Begriff der Grundrente. Ein jedes Prinzip, welches ein Recht auf Einkünfte giebt, bringt auch einen Anspruch mit sich auf den Stammwerth, aus dem die Einkünfte sich bilden. Einkünfte sind ohne *Stammkapital* nicht zu denken. Das Verhältniß zwischen dem bezüglichen Theil des Jahresbetrages und dem korrespondirenden Stammkapital der Grundrente wird darum auch mit Fug unter dem Ausdruck des *Zinses* eingetragen, nur daß man mit diesem Wort nicht den Gedanken einer Vermiethung des Kapitals und eines Miethszinses vermengen oder die Grundrente für Zinsen eines aufgewendeten

Digitized by Google

Kapitals (wohl gar des Kaufkapitals) halten soll. Der Begriff der natürlichen Kapitalrente im Gegensatz der ausbedungenen ist hinreichend erörtert — profit of stock — interest of money.

Die Eintragung von Tausend und 5 pCt. Zinsen, Grundschuld des Eigenthümers, ist also die Fixirung seiner Grundrente in einem Kapitalbetrag von Tausend und dem diesem Stammwerth korrespondirenden Jahresertrage, dem sogenannten natürlichen Zins seines Kapitals.

Die Grundschuld des Eigenthümers ist in der That nichts als eine Manifestation des Eigenthumsrechts unter Kreirung eines spezifischen juristischen Apparats für das Recht der Grundrente, kein besonderes Recht an der eigenen Sache, das außerhalb des Eigenthumsrechts steht, sondern der ökonomische Inhalt des Eigenthums in einem selbständigen rechtlichen Ausdruck, ein geschlossener Bestandtheil des Eigenthumsrechts.

Die Eintragung der Grundschuld ist die Vorbereitung der Lösung des Kapitals vom Kapital, denn aller Grund und Boden ist vom ersten Arbeits- und Kapitalaufwand an fixes Kapital — ein Stamm ökonomischer Machtmittel, ein Komplex von Werthen als Quelle von Werthen gedacht. Nicht die Unbeweglichkeit des Bodens, nicht die Verschiedenheit der Entstehung dieses Kapitals von der anderer, nicht der theilweise Mangel des Merkmals eines Ersparnisses früherer Erzeugnisse steht der Gleichstellung von Boden und Kapital entgegen. Das wesentliche Charakteristikum des Kapitalsbegriffs ist die Fähigkeit, ein Einkommen und überhaupt eine ökonomische Macht zu gewähren. In dem Maße, als die Naturfaktoren dieser Fähigkeit theilhaftig werden können, sind sie latente Kapitale, in dem Maße, als sie dieser Fähigkeit theilhaftig, sind sie wahre Kapitale. Die Einkünfte, welche der Grundeigner bezieht, die Bodenrente in diesem Sinn, steht jedem andern Kapitalzins gleich. Ist alledem so, dann ist die Mobilisirung der im Grund und Boden radizirten Sachwerthe auch nichts Künstliches mehr.

Es ist die Anschauung des deutschen Rechts, deren Basis

Digitized by Google

das Arbeitsprinzip, nach welcher den Anspruch auf die Frucht derjenige hat, welcher die Arbeiten zur Gewinnung der Frucht vorgenommen hat, nach welcher die Früchte eine sogenannte Accession der Arbeit sind. Man dachte sich im deutschen Recht den Anspruch auf die Frucht mit der aufgewendeten Arbeit so innig verbunden, daß, wenn die Frucht eines Jahres an einen Anderen als den Arbeiter abgegeben werden mußte, jener wenigstens zur Erstattung der Arbeit und Mühwaltung ohne Weiteres verpflichtet ist. Die erarbeitete Frucht ist verdientes Gut, die Frucht gehört dem Arbeiter schon vor der Separation seit dem Moment, wo die zur Erzeugung nothwendigen Arbeiten als abgeschlossen zu betrachten sind. Nach deutschem wie nach römischem Recht wird man Eigenthümer der Frucht als einer besonderen Sache im Moment der Trennung, dort, weil man sich die Frucht durch Arbeit subjektivirt hat, hier, weil man sich schon früher die Hauptsache subjektivirt hatte.*)

Herrschaft und Fruchtnutzung, deren Grenze im römischen Recht nur für den Ususfrukt bestand, koinzidiren nach deutschem Recht überhaupt nicht. Das Eigenthümernutzungsrecht ist hier nach Grund und Struktur ein selbständiges Recht des Eigenthümers, so, daß der Schwerpunkt des deutschen Grundeigenthumsrechts wesentlich in das Dispositionsrecht über die Sache geschoben ist. In diesem ist ein direktes Recht an den Früchten nur insoweit als integrirendes Moment enthalten, als selbige nicht durch Arbeit produzirt sind. „Der eigentliche juridische Charakter des Ertragsmoments des Eigenthumsrechts an Immobilien ist der des Zinsforderungsrechts für die Fruchtgewinnung, welches sich, wenn der Eigenthümer selbst der Fruchtgewinner ist, darin manifestirt, daß er die Fruchtgewinnung umsonst hat. Dies Zinsforderungsrecht ist als solches kein dem Dispositionsmoment des Eigenthumsrechts homogenes; beide verschmelzen sich nicht zu einer absolut einheitlichen

*) Leist, Natur des Eigenthums (civilist. Studien Heft 3). Jena 1859. S. 144 ff. Heimbach, Lehre von der Frucht. Leipz. 1843 S. 275 ff.

Digitized by Google

Rechtssubstanz. Das juridische Ertragsmoment, und somit auch der diesem korrespondirende Kapitalwerth ist kein integrales, sondern nur ein pertinentielles Moment des germanischen Eigenthumsrechts an Immobilien*)."

Ist also die Grundrente ein Recht des Eigenthümers, so hindert nichts, einen beliebigen Theil derselben grundbuchmäßig mit der Rechtswirkung zu fixiren, daß die grundbuchmäßige Form zur ausschließlichen Verkehrsmaschinerie dieses materiellen und selbständigen Rechts erhoben wird.

Die einfache juristische Kategorie, unter der das Stammkapital zu denken, ist die der ideellen Sache, das einfachste Beispiel, wie der Rechtswille natürlichen Sachen ideelle unterlegt, ist die universitas. Er macht aus beliebigen Viehstücken die Heerde und vindizirt: gregem meam esse. So wie der Eigenthümer des Viehs Eigenthümer dieser Moventien und Eigenthümer der Heerde ist, so ist der Grundeigner Eigenthümer des Fundus, der Gebäude, Früchte, des Zubehörs und Herr des Kapitals, der ideellen Sache, zu der er den Fundus durch seine Verbindung mit dem Gutsinventar, dem Geld- und Arbeitskapital erhoben hat. Für die Aeußerlichkeit deckt sich die Heerde mit den Viehstücken, aus denen sie besteht, für die Aeußerlichkeit deckt sich auch das Kapital mit dem Fundus und dem Zubehör. Das transcendens ist in beiden Fällen der wirthschaftliche Bestimmungsgrund. Dort ist die ideelle Sache der Vindikation zu Liebe geschaffen, hier der libertas rei zu Liebe. Hier wie dort existirt die ideelle Sache für das Recht nur in einzelnen faktischen Beziehungen.

Wie das ganze Vermögen des Menschen selbst eine unkörperliche Sache ist und auf faktischer Zusammenfassung beruht, so ist hier, wie vielfach im deutschen Recht, das Bodenvermögen zu einer faktischen und rechtlichen Einheit erhoben.

Es ist dem positiven Recht unbenommen — sagt Windscheid**) — blos gedachte Dinge als Gegenstände von Rechts-

*) Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860. S. 192.

**) Windscheid, Pandekten. Bd. I. 5. Aufl. §§ 137—142.

Digitized by Google

verhältnissen, durchweg oder in einzelnen Beziehungen, zu behandeln wie körperliche. Das Gedachte könne für das Recht Sache sein, wie für das Recht Person sein kann, was in Wirklichkeit nicht Person ist. Man müsse sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Recht als Sache, das heißt als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde wie die körperliche Sache.

Bei diesen Betrachtungen könnte es bewenden. An einer fortschreitenden Entwickelung des Rechts darf verständiger Weise niemand zweifeln. Solche Zweifel haben insbesondere in unserer historischen Rechtsschule niemals bestanden. Nichts als politische Leidenschaft konnte dieser Richtung der Jurisprudenz dereinst stagnirende oder reaktionaire Rechtsauffassungen imputiren. Gerade diejenige tiefere Auffassung, welche das praktische Recht als ein gewordenes betrachtet, erkennt in dieser ihrer eigentlichen Position das historische Prozedere, das Werden des Rechts an. Andererseits ist der historische Boden, auf dem die Grundschuld erwachsen ist, das preußische Rechtsleben. Mit den deutlichsten äußeren und inneren Zeichen weist diese Entwickelung auf die nationale Atmosphäre, in der sie gereift ist. Es erscheint hiernach schon als ein methodischer Fehler, die Konstruktion der Grundschuld im römischen Recht auch nur zu suchen.

Dennoch besteht die Frage, ob und inwieweit diese Konstruktion des Eigenthumszinsrechts den Kategorieen des römischen Rechts, „dessen wir nicht entrathen können und dessen wir nicht entrathen wollen*)," widerstrebt, inwieweit diese Konstruction mit dem römischen Eigenthumsbegriff vereinbar ist.

Diesen Begriff hat Puchta, wie erwähnt, mit der ihm eigenen mathematischen Schärfe der Gesichtspunkte, als die Totalität aller dinglichen Rechte formulirt. Die schärfste Konsequenz, welche aus dieser Abstraktion gegen unsere Konstruktion der Eigenthümergrundschuld geführt werden kann, hat Pagen-

*) vgl. Windscheid in der Vorrede zu Windscheid, die Actio des röm. Civilr. Düsseld. 1856.

Digitized by Google

stecher*), ohne allgemeine Zustimmung, dahin gezogen, daß es ein Widerspruch gegen die Unselbständigkeit der aus dem Eigenthum fließenden, durch keine Aufzählung zu erschöpfenden Befugnisse sei, wenn man diese Befugnisse Rechte des Eigenthümers nenne. Hiernach wäre der ökonomische Inhalt des Eigenthums ein unfaßbares, diffluirendes Element des Ganzen.

Allerdings bezeichnen die Römer den ökonomischen Inhalt des Eigenthums gemeinhin nicht mit jus utendi fruendi, sondern mit licentia utendi fruendi und sprechen dem Eigenthümer wenigstens ein jus separatum utendi fruendi an mehreren Stellen ausdrücklich ab.

Ulpian in fr. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6:

Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet — nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno jure, quemque agere oportet.

Paulus in fr. 25 pr. D. de V. S. 50, 16:

Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitus (v. l. servitutis) sit: ut via et iter, nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.

Ulpian in fr. 10 D. Comm. praed. 8, 4:

Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet. Nam illa generalis receptio, quibus est servitus utique est, ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad jura ejus conservanda, nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet, quinimo, et si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis pertinet ad me, consequenter dicitur extingui servitutem.

Dennoch sind diese Stellen keineswegs entscheidend. In jener ersten Stelle liegt der Ton ausschließlich auf den sepa-

*) Pagenstecher, römische Lehre vom Eigenthum. Abth. I. Heidelb. 1857 S. 4, 5.

Digitized by Google

rata jura, und in der letzten Stelle sind jura in re aliena gemeint. Indem Paulus aber bestreitet, daß der ususfructus eine pars dominii sei, bestreitet er ihm die Qualität als Stücks einer einfachen oder einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache kein einheitliches Ganzes bildet, bestreitet er dem Usufrukt auch die Eigenschaft eines Antheils — bestreitet ihm aber nicht die Eigenschaft eines Bestandtheils des Eigenthumsrechts als einer Befugniß, welche mit anderen Befugnissen ein einheitliches allgemeines Recht bildet. Daß der Bestandtheil eines einheitlichen Ganzen pars sei, leugnen in diesem Sinn auch fr. 36 D. de evict. 21, 2, fr. 13 § 2 D. de accept. 46, 4.

Die Frage kann, da der römischen Jurisprudenz der Begriff des Kapitals und der natürlichen Zinsrente abging, nur die sein, ob sich der Quellenbeweis führen läßt, daß die Römer einzelne im Eigenthumsrecht begriffene Befugnisse und insbesondere den Usufrukt des Eigenthümers (das ist der römische Ausdruck für den ökonomischen Inhalt des Eigenthums) in einzelnen faktischen Richtungen als einen geschlossenen Bestandtheil des Eigenthumsrechts gefaßt und dadurch in einzelnen faktischen Richtungen zu einer selbständigen rechtlichen Existenz gebracht haben.

Wird nur ein einziger solcher Fall erwiesen, dann ist die Allmacht des traditionellen Begriffs der Totalität des Eigenthumsrechts und der elementaren Diffluenz seiner Bestandtheile durchbrochen, dann ist es eine rein historische Frage, warum die Römer nicht dazu gelangt sind, den ökonomischen Inhalt des Grundeigenthums nach Art der Grundschuld zu fixiren, eine Frage, mit deren Beantwortung niemand aufgehalten werden soll.

Es gehören folgende Rechtserscheinungen hierher, über deren eigentlichen civilistischen Gehalt die Akten freilich noch immer nicht geschlossen sind.

a) Die deductio ususfructus des alten Rechts.

Gajus, II § 33:

Quod autem diximus, usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per

Digitized by Google

mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse usufructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium usufructus, apud alium proprietas sit.

Vgl. Fragm. Vatic. §§ 50, 51, 80.

Die deductio, welche Celsus in der letzterwähnten Stelle sogar divisio nennt, ist ein eigentlicher Vorbehalt, kein Begründungsakt, weil er nur so der civilrechtlichen Erwerbsform hinsichts der praedia in Italico solo entrathen konnte. Ein Vorbehalt muß ein geschlossenes oder vom Moment des Vorbehalts ab als geschlossen gedachtes Objekt haben. Es ist gewiß kein „Element des Eigenthums, das der Uebertragende zurückbehält*)", wenigstens kein ungreifbares, diffluirendes Element, sondern ein höchst realer Bestandtheil des Eigenthumsrechts.

Es ist nur bezeichnend für die Richtigkeit dieses Beispiels, wenn Dernburg**), der die Reservation eines jeden dinglichen Rechts als eine Neukonstituirung einer Befugniß betrachtet, welche mit dem Moment beginnt, in welchem das Eigenthumsrecht des Reservirenden erlischt, sich genöthigt sieht, die deductio usufructus und den Mangel eines Konstituirungsakts durch die vorwissenschaftliche Anlehnung der alten Jurisprudenz an die vulgäre Auffassungsweise und die Einwirkung von Utilitätsgründen zu erklären. Gajus giebt den ausdrücklichen juristischen Grund: non enim ipse usufructus mancipatur. Mit demselben subjektiven Belieben könnte man die starre Totalität des Eigenthumsbegriffs, selbst wenn sie der späteren Jurisprudenz vorgeschwebt hätte, als scholastisch bezeichnen.

b) Die Doktrin, welche den Vorbehalt der Servituten trotz der Ausdrücke der Quellen, welche von einem deducere, detrahere, excipere, recipere der Dienstbarkeit sprechen, als eine Neukonstituirung faßt, scheitert an dem Fragment des Labeo, 19 D. de serv. 8, 1:

Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non

*) Puchta, Institutionen 6. Aufl. Bd. II, S. 679.

**) Dernburg, Pfandrecht Bd. I, Leipz. 1860 S. 271 ff.

Digitized by Google

utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere*) possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.

Man kann Mancherlei haben, sagt Labeo, und folglich auch behalten, nämlich mancherlei Befugnisse im Eigenthum, wiewohl dieselben keine selbständige, vernünftige, wirthschaftliche Zweckbestimmung haben und darum nicht selbständig konstituirt werden können.

Für diejenigen, welche zur Erwerbung von affirmativen Servituten eine Apprehensionshandlung für erforderlich halten, scheint es endlich bei der deductio ususfructus außer Zweifel zu sein, daß eine besondere Erwerbshandlung nicht von Nöthen.

Außerdem ist zu bemerken, daß die Annahme eines stillschweigenden Vorbehalts bei der Eigenthumsübertragung eines Grundstücks mit einer servitutischen Vorrichtung natürlich erscheint, daß die Annahme einer solchen stillschweigenden Neukonstituirung schwerer zu denken ist. Bei jener Auffassung handelt es sich um die Auslegung erklärten Parteiwillens, hier soll die besondere Willenseinigung und mit derselben ein besonderes Rechtsgeschäft supponirt werden. Papinian in fr. 36 D. de S. P. U. 8, 2:

Binas quis aedes habebat una contignatione tectas, utrasque diversis legavit. Dixi, quia magis placet tignum posse duorum esse, ita ut certae partes cujusque sint contignationis, ex regione cujusque domini fore tigna, nec ullam invicem habituros actionem, jus non esse immissum habere. Nec interest, pure utrisque, an sub conditione alteri aedes legatae sint.

Julianus in fr. 37 eod.

Idemque esse, et si duobus aedes cesserint.

c) Es soll bei den Römern die Verpfändung des Nießbrauchs durch den Volleigenthümer ein sehr gewöhnliches Geschäft gewesen sein.

---

*) Vgl. Thibaut, civilistische Abhandl. Heidelb. 1814 S. 37 ff.

Digitized by Google

Marcian in fr. 11, § 2 D. de pign. et hyp. 20, 1:

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. XI Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.

Gajus in fr. 15 pr. eod.

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus convenerit aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur, sive is, qui usumfructum habet.

Gajus stellt also die Verpfändung des Usufrukts Seitens des Volleigenthümers auf gleiche Stufe mit der Verpfändung einer Frucht und bezeichnet Usufrukt und Frucht als res futurae. Die herrschende Auffassung*) sträubt sich allerdings dagegen, in diesem Fall das Nießbrauchsrecht als solches für das Objekt des Pfandrechts zu halten, indem sie dem Nießbrauch vor der Pfandrechtsausübung einfach die Existenz bestreitet. Aber gerade die Zusammenstellung des Usufrukts mit der Frucht läßt erkennen, daß, wie die Frucht auch vor ihrer Trennung, wenngleich als Theil der Mutterſache, immerhin existirt, daß ebenso der Usufrukt des Eigenthümers, wenngleich nicht als separates Recht, immerhin als geschlossenes Recht im Eigenthumsrecht lebt. Mit keiner Silbe deutet Marcian an, daß das Pfandobjekt ein anderes sei, ob der Eigenthümer den zu separirenden Usufrukt oder Usufruktuar den separirten Nießbrauch verpfändet. Ausdrücklich wird Kaufserwerb und Pfanderwerb des Usufrukt gleichgestellt.

*) Windscheid, Pand. 5. Aufl. Bd. 1, § 227. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes. Leipz. 1873 S. 64 ff.

Digitized by Google

d) Verpfändet der Eigenthümer ein Realservitut einem nicht benachbarten Eigenthümer oder einem Nachbar ohne die pactio*): quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (fr. 12 D. de pign. et hyp. 20, 1), so erlangt der Eigenthümer nicht das Recht, die Servitut für sich auszuüben, so bleibt das Recht des Eigenthümers, wie jedes andere Pfandobjekt, ein Bestandtheil im Vermögen des Verpfänders, wird aber als Objekt des Pfandrechts geschlossen. Auch hier gewinnt der Eigenthumsbestandtheil in besonderer faktischer Beziehung eine selbständige Existenz, genau wie der fremde Bestandtheil eines Sachganzen, das im ruhenden Eigenthum des fremden Eigenthümers bleibt.

e) In dieser Weise müssen auch diejenigen servitutenmäßigen Berechtigungen aufgefaßt werden**), welche auf dem eigenen Fundus ein altius tollere, officere luminibus, prospectui, stillicidium vel flumen non recipere gestatten, mögen dieselben von lokalgesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen privilegiren oder entgegenstehende Servituten ganz oder theilweise paralysiren.

Hier erhellt die indirekte Bedeutung der Hartmann'schen Forschungen.

Ist der römische Eigenthumsbegriff von den klassischen Juristen so aufgefaßt worden, daß eine Erweiterung des Machtinhalts an der eigenen Sache mittelst eines anderen hinzutretenden Rechts vollkommen denkbar erscheint, dann ist die Vorstellung der Totalität aller dinglichen Rechte im Eigenthum durchbrochen und weicht der Allgemeinheit der dinglichen Rechte. Die Allgemeinheit schließt nicht die Besonderheit eines dinglichen Rechts besonderer Natur aus. Die allgemeine und oberste Einheit der dinglichen Rechte kann sehr wohl besondere Rechte anerkennen, welche in ihr nicht aufgehen. Sie kann sogar besondere Rechte einheitlichen Charakters (Emphyteuse, Superfizies) neben sich dulden. Der Begriff der Allgemeinheit der dinglichen

*) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes. Leipz. 1873 S. 27. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. IV, Abth. 2 S. 3 ff.

**) Hartmann, Rechte an der eigenen Sache. Freib. 1877 S. 32 ff.

Digitized by Google

Rechte an der Sache erträgt aber auch die Sonderung und faktische Geschlossenheit einzelner Rechtsbestandtheile.

Der hohe Reiz, den das Problem der Unmittelbarkeit einer selbständigen, kündbaren, dinglichen Belastung in der Gestalt der Grundschuld in der Hand eines vom Grundstücks-Eigenthümer verschiedenen Subjekts äußert, beruht auf der Vereinigung der dinglichen und persönlichen Seite des Gebildes, auf der Verbindung zweier Kategorien, an deren Scheide das ganze Vermögensrecht die juristische Gestaltung gewonnen hat.

Eins ist klar. Das eine und dasselbe Rechtselement kann nicht zugleich Forderungsrecht und dingliches Recht sein. Eine solche Auffassung liefe auf den Goethe'schen Satz vom Geheimniß des vollkommenen Widerspruchs heraus. Nicht weniger gewiß ist, daß der Rechtsinhalt der Grundschuld sich durch die Uebertragung auf eine vom Grundeigner verschiedene Person oder die Auflassung des Grundstücks, welche den zur Grundschuld fixirten Theil der Grundrente nicht berührt, weil er vermöge seiner besonderen Bucheristenz nur nach den Maßgaben dieser Form einem Rechtsangriff unterliegt, nicht ändern kann, daß die Rechtsmaterie bleibt, und die besonderen Lebensphänomene, welche die Grundschuld in fremder Hand äußert, nur als Symptome der Veränderung ihres Aggregatzustandes zu betrachten sind. Die Grundschuld bleibt ein Recht auf das Grundstückseinkommen und das demselben korrespondirende Kapital, wird aber ein Recht auf ein fremdes Grundstückseinkommen und trifft als solches wieder den Grundgedanken der Reallast.

Wie die Reallast ist die Grundschuld als causa rei ein dingliches Recht, die einzelne Leistung die obligatorische Funktion des dinglichen Rechts.

Während bei der Vertrags-Obligation der sich zusammenschließende Wille den einfachen Knotenpunkt darstellt, ist es bei der Grundschuld ein komplizirteres und zugleich feineres, weil rein organisches Gewebe. Man könnte das obligatorische Moment der Grundschuld einen Zustandsanspruch nennen, entstehend aus der Kollision zwischen dem Recht des Eigenthümers auf die Gesammt-

Digitized by Google

nutzung und dem Grundschuldrecht auf die im Nutzungsresultat fixirte Quote von der Gesammtnutzung, nur daß die Voraussetzung dieses Anspruchs keine obligatio, kein persönlicher Wechselbezug ist und der Vermögensstoff des Anspruchs kein selbständiger, sondern der Stoff des dinglichen Rechts — ein Komplex von Ansprüchen, deren juristische Grundeinheit*) nicht das Wechselverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern das dingliche Recht ist.

Den Beweis für die Negative, für die Existenz von obligatorischen Ansprüchen, welchen keine Obligationen zu Grunde liegen, liefert bereits das römische Recht. Es sind das die Leistungspflichten der Besitzer als solcher, wie ältere Civilisten sie im vollen Gegensatz zu den Obligationen bezeichnen und behandeln.**)

Auf die Begleitschaft der Leistungspflicht bei der vielumworbenen servitus oneris ferendi (fr. 6 § 2 D. si serv. vind. 8, 5) ist kein Gewicht zu legen, weil diese Begleitschaft als Anomalie behandelt wird.

In dem berühmten fr. 7 pr. D. de publicanis, 39, 4:

Imperatores Antoninus et Severus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros —

erkennen aber bereits die Bologneser Interpreten den Gedanken, daß bei der Leistungspflicht des vegtigal die eine der drei Seiten, welche die civilistische „Komplexion" der species obligationis bilden, die eigentliche substantia obligationis, das ipsum jus obligationis fehlt.

Otto Papiensis***) bemerkt zu den Worten non personas: scilicet tantum. Aut dicas, quod persona non obli-

*) Kuntze, Obligation und Singularsuccession. Leipz. 1856 S. 13.

**) Mühlenbruch, Pand. 4. Aufl. II. § 275 Anm. 6.

***) Citirt nach der glossirten Ausgabe des Pet. ab Area Baudoza Cestii, Lugd. 1593 unter dem Titel universi juris civilis in quattuor tomos distributi corpus.

Digitized by Google

getur. Et erit speciale, quod suppetit hypotheca sine personali obligatione.

Unter den beiden, dem Interpreten denkbaren Auffassungen, daß die Sache und die Person oder nur die Sache dem Rechtsverhältniß unterworfen sei, entscheidet er sich für die letztere und sucht seine Entscheidung durch die eigenthümliche Vorstellung eines Pfandrechts ohne persönliche Schuld zu begründen.

Die ordinaria drückt sich schärfer aus:

quando debetur tributum ratione praediorum, ipsa praedia sunt obligata, non personas — habebis tamen tuam actionem contra venditorem tuum, si tu ignorans hoc emisti.

Ebenso entschieden erklärt l. 2 Cod. de praed. et omn. reb. nav. 11, 2 betreffs der durch Constantin für dinglich erklärten functio navicularium:

res enim oneri addicta est, non persona mercatoris.*)

Die Substanz, der „civilistische Gehalt" (Kuntze) der Obligation fehlt, die actio und das nomen, der obligatorische Anspruch und Stoff ist da. Das zeigt Papinian in fr. 5 pr. D. de cens. 50, 15:

Quum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus ceteros, quorum aeque praedia tenentur, ei, qui conventus, actiones a fisco praestantur: scilicet, ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant: nec inutiliter actiones praestantur tametsi fiscus pecuniam suam recuperaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

Es darf diese Rechtsfigur, deren juristischen Charakter ein Papinian anerkennt, nicht mit einer „zu Gunsten des habgierigen Fiskus aufgestellten Singularität" abgefertigt werden.**)

*) Vgl. jus. prov. duc. Prussiae lib. 4 tit. 6. art. 7 § 1: Si quis fundum debentem censum vel alia onera emat — ad onera census non saltem futura, sed etiam ad ejus reliqua praestanda et solvenda obligatur. Census enim et publicarum pensitationum onera realia sunt, quae personam minime concernunt, sed cum ipsa re ad emtorem transeunt.

**) Renaud, Theorie der Reallasten. Stuttg. 1846 S. 50.

Digitized by Google

Trotz actio und nomen paßt der römische census nicht in das System der Obligation. Das folgt einmal aus der Haft des Nachfolgers für die Rückstände, das folgt außerdem aus der Entlastung des früheren Eigenthümers, die dem Fiskus gegenüber eintrat.

Der erste Punkt ist unstreitbar. l. 1 Cod. Theod. 11. 3 d. i. l. 2 Cod. Just. sine censu vel rel. 4, 47. l. 3 Cod. eod. fr. 36 D. de jure fisci 49. 14.

Die zweite Obligationswidrigkeit ist noch von Windscheid*) als zweifelhaft bezeichnet. Indessen muß sie nach folgenden Quellenzeugnissen angenommen werden:

l. 5 Cod. Theod. 11, 3.

quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet annotari, ac se spondeat soluturum; ablataque molestia de auctore, in succedentem capitatio transferatur.

l. 2 eod. — —

onera ac pensitationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eaedem migraverunt.

Erwägt man die Allgemeinheit dieser Ausdrücke und die Ueberschrift dieses Titels: sine censu vel reliquis fundum comparari non posse, erwägt man, daß die professio censualis, die sogenannte sponsio**) kein Rechtsakt war, keine eigentliche „Uebernahme der Steuerschuld***)," sondern die Erfüllung einer bloßen Ordnungsvorschrift, da der Besitzer auch ohne dieselbe als Schuldner behandelt wurde, so wird man schon hiernach die Entlastung des früheren Besitzers wahrscheinlich finden.

Bedeutsamer ist l. 2 Cod. de annonis et tributis, 10, 16: aes quidem alienum pro portione, ex qua quisque de-

*) Windscheid, Pand. 5. Aufl. II. § 291. Anm. 1.

**) wozu zu bemerken, daß Andere in obigem Text ac respondeat oder ac se respondeat lesen. Vgl. die Noten in der Hänel'schen Ausgabe.

***) wie sie Dernburg auffaßt. Pfandrecht, I S. 352 ff.

Digitized by Google

functo heres exstiterit, praestari oportet: annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit.

Zu dem Wort annonas*) bemerkt schon die Glosse unter Berufung auf fr. 7 D. de publicanis 39, 4 und l. 3 Cod. de praediis et omn. reb. nav. 11, 2 etiam praeteritas, eine Erklärung, welche die einzig richtige ist, weil so allein der Gegensatz zum Vordersatz zur Geltung kommt, der ganz allgemein lautet und also auch auf fällige Schulden zu beziehen ist.

Ist hiernach schon die Struktur dieser obligatorischen Gebilde von der der eigentlichen Obligationen verschieden insofern, als der Inhalt jener beschränkter einerseits und andererseits weiter erscheint, so gilt dasselbe von dem inneren Grunde beider Organismen. Das Obligationenrecht ist seinem Sinn und Wesen nach berechnet für die Verhältnisse unabhängiger, sich selbständig gegenüberstehender Individuen**). Sowie wir von Obligationen sprechen, betrachten wir Personen in ihrem Verhältniß zu einander***). Das gilt auch da, wo die obligatio ex re venit, wo sie als „Rechtsregel für den konkreten Fall" die aus dem Zustand resultirenden Beziehungen der Personen zu einander beherrscht. Wie weit man das Gebiet der Immediat-Obligationen auch fassen möge — man hat sie bei der Gemeinschaft von Eigenthum, bei der Pflicht, das Vermächtniß zu leisten, bei der grundlosen Bereicherung, der Verwandtschaft und den verwandtschaftsähnlichen Verhältnissen, bei der Verbindlichkeit der Exhibition und den Fällen der actio in rem scripta, beim römischen Ususfrukt und den Inhaberpapieren, bei den Retraktrechten, einigen Verbindlichkeiten der Lehns- und Fideikommißbesitzer u. s. w. zu statuiren versucht — überall stehen die Individuen sich selbständig gegenüber als solche. Anders dort, wo der Grundeigner als solcher die Steuer von seinem Einkommen und dem

*) Ueber v. Savigny's Ansicht, daß der census statt der annona eingeführt worden, vergl. Birnbaum, rechtl. Natur der Zehnten, S. 72 ff.

**) Dernburg, Pfandrecht, I., S. 105.

***) Kuntze, Obligation und Singularsuccession, S. 100. Windscheid, Actio, S. 44.

Digitized by Google

seines Vorgängers leisten soll, wo er mit dem Besitz sich auch der Leistungspflicht entschlägt, wo die Zahlungspflicht der juridischen Unmittelbarkeit für die Person ermangelt, welche zum Begriff jeder einfachen und wahren Zahlungs-Obligation gehört.

Der beliebte Ausdruck der publizistischen Quasi-Obligation erklärt nichts Eigenthümliches. Das Publizistische ist nicht so erheblich, weil es den Uebergang in Privathände nicht hindert, wie schon bei Papinian gesehen wurde.

Das quasi ist hier, wie häufig bei den Neueren, der Ausdruck für etwas, wofür man die Definition noch verlangt.

So erklärt Savigny*) trotz der ausnahmsweisen Redewendung Ulpian's in fr. 3 D. de cens. 50, 15**) und trotzdem er die Möglichkeit zugesteht, jede einzelne fällige Steuersumme als eine Obligation gegen den Fiskus aufzufassen, daß die Steuerlast keine eigentliche obligatio ist, daß es außer dieser noch viele andere Fälle der juristischen Nothwendigkeit giebt, auf die der Ausdruck obligatio regelmäßig nicht anzuwenden.

Die Gleichartigkeit der Natur der privatrechtlichen und der publizistischen Reallasten ist von Juristen wie Dernburg, Stobbe, Wächter herauf bis J. H. Böhmer und einer vielleicht noch größeren Anzahl von Nationalökonomen behauptet. Historisch ist es ja auch erwiesen, daß eine große Anzahl öffentlich rechtlicher Lasten, welche zu Gunsten des Staats und der Gemeinde begründet waren, ein Gegenstand des Verkehrs wurden, verkauft, verpfändet und zu Lehen gegeben wurden.

Indessen darf solche Gleichartigkeit der Struktur, wie besser zu sagen, nicht überschätzt werden. Eine tiefere juristische Vereinigung der Reallasten mit den allgemeinen Grundprinzipien des klassischen römischen Rechts ist unmöglich. Die Unmittelbarkeit der Theilhaberschaft an den Grundstücksverträgen, welche die Real-

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. I. Berlin 1851. § 3.

**) Tributo capitis obligantur.

Digitized by Google

last der Nutznießung*) vergleichbar erscheinen läßt, ist für den Fiskus und die römische Grundsteuer nicht zu behaupten. Das römische Grundeigenthum**), wiewohl es zur Schätzung kam, konnte weder einer eigentlichen Ertragssteuer (der Unterschied der Realsteuer von der Grundeinkommensteuer ist klar) noch gar einer Abgabe von einem bestimmten Erzeugniß desselben unterliegen. Die Kastizität des Gedankens des Rechts, die Sonderung der Verpflichtung außer und neben der Berechtigung ist im Sachenrecht wie im Obligationenrecht und in dem System der Gewalten, welches das römische Familienrecht bildet, der große Charakterzug dieses Rechts.

Indem bei der Grundschuld die Ansprüche auf Zinsen und Kapital als Leistungspflichten bezeichnet worden sind, die keinen Obligationen entstehen, die mit dem äußeren Apparat einer Obligation arbeiten, wiewohl ihnen das eigentliche obligatorische Agens, die persönliche Bindung fehlt, die ökonomisch als nomina gelten können, wiewohl sie keinen selbständigen, einer Obligation entquollenen Vermögensstoff bieten, sondern ihr Stoff der Stoff des dinglichen Rechts ist, indem dieser Begriff nach der Negative hin, nach dem Gegensatz dieser Leistungspflichten zu den Obligationen, durch Anschauungen des römischen Rechts zu sichern versucht worden, muß man sich bescheiden, daß eine engere positive Annäherung jener Leistungspflicht an unseren Grundschuldbegriff, welche in der Begrenzung der Haft des Leistungspflichtigen auf die ökonomischen Mittel des Grundstücks liegt, nach römischem Recht undenkbar ist.

Das Recht ist im römischen Begriff eine Sphäre des unbedingten Schaltens***). Der Kreis, den das Subjekt durch die

*) Darauf hat Stobbe hingewiesen. Der Vergleich könnte an der interessanten Figur des fructus sine usu (Puchta, Vorles. üb. d. heutige röm. Recht, hersg. v. Rudorff. 6. Aufl. Lpz. 1873 Bd. I., S. 388) verschärft werden.

**) Birnbaum, Zehnten, S. 54 ff. Puchta, Cursus der Institutionen. 7. von Rudorff besorgte Aufl. Lpz. 1871—72. Bd. I., S. 133, 226, 229, 339. II, S. 518 ff.

***) Stahl, über den Werth des römischen Privatrechts in Band 2 der Rechtsphilosophie. Anhang S. 393 ff.

Digitized by Google

Macht seiner Persönlichkeit um seine Vermögensverhältnisse schließt, umfaßt darum die Gesammtheit der Privatverhältnisse. Er bildet die Einheit, die sich von der Individualität des Subjekts auf das Objekt überträgt — die starre Privatsouveraineität*) des römischen Rechts, in welchem der Sieg des Rechts über seine Subjekte und Objekte eine absolute Gestalt gewonnen hat**). Wo das römische Recht eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Leistungspflicht setzt, da konnte dieselbe nur das ganze „Privatterritorium" vertreten.

Wieder ist es das deutsche Recht, in dem der Grundgedanke dieser Eigenthümlichkeit der Grundschuld zu suchen ist.

Dem deutschen Recht ist die Vorstellung der Einheit der gesammten Vermögensverhältnisse eines Menschen mit der sie erzeugenden Persönlichkeit fremd. Es weiß nichts von der Einheit des Vermögens in der Person***). Es betrachtet das Grundeigenthum nicht nur als den wesentlichsten Theil des Vermögens, sondern erkennt die dinglichen Besonderheiten der Individualität der Grundeigenthumsverhältnisse nach den verschiedensten Richtungen an. Dem Allod im engern Sinn tritt das Lehen, das Bauerngut, das Familienfideikommniß entgegen†). Nicht minder erkennt es die Objektivität des kaufmännischen Kredits an, indem es z. B. bei Handelsgesellschaften das Handlungsvermögen von dem Privatvermögen der Inhaber einer Handelsniederlassung unterscheidet††).

Ueber den logischen oder gar juristischen Vorzug der einen Auffassung vor der andern läßt sich an sich gar nicht streiten. Kommen doch im System der Reallasten beide Auffassungen neben einander zur Geltung. Es handelt sich nur um die Berechtigung

*) Leist, civilistische Studien, Heft 2. Jena 1855 S. 3. 4.

**) v. Gerber, das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts. Jena 1846 S. 139—141.

***) v. Gerber, deutsches Privatrecht. 8. Aufl. § 248. Huschke, im Rhein. Museum. Bd. 6 S. 257 ff.

†) Stobbe, Privatrecht. Bd. 2 S. 5.

††) Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts. Bd. 11 S. 152, Bd. 13 S. 144, Bd. 20 S. 180, Bd. 21 S. 130.

Digitized by Google

und innere Kraft desjenigen Prinzips, dem es gelingt, die Einheit des Vermögens, die auch der Grundgedanke des modernen Rechts ist, zu spalten. Dieses struktive Prinzip ist bei der Grundschuld die Selbständigkeit dieser Einkommenskategorie, ein Prinzip, das aus der römischen Wirthschaft, wie oben ausgeführt, nicht aufgehen konnte, das im germanischen Recht in der Macht der konkreten Gestalt der Lebensverhältnisse zur Geltung kam, das seine wissenschaftliche Rechtfertigung aber erst in der Scheidung und Begreifung der verschiedenen Produktivkräfte gefunden hat.

Nicht also nur nach seiner Struktur, auch nach dem inneren Grunde der Gestaltung trifft der Zustandsanspruch, in dem das dingliche Recht der Grundschuld funktionirt, mit dem obligatorischen Moment des Rentenkaufs zusammen. Auch im Begriff des Rentenkaufs liegt die prinzipale und direkte Anknüpfung der Verbindlichkeit an das Grundstück. Nicht der Empfänger des Geldes und sein Erbe, sondern der jedesmalige Besitzer des Grundstücks ist für die Rente verpflichtet. Nur mit dem Grundstück und nicht mit dem übrigen Vermögen haftet der Verpflichtete; und während es für die übrigen Reallasten an einer einheitlichen Rechtsbildung über die Frage fehlte, ob der Nachfolger für die Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers hafte, stand diese Verpflichtung für den Rentenkauf allgemein fest. Und wenn sich auch schon im Mittelalter der Umschlag anbahnte, daß der Rentenschuldner ausdrücklich seine unbeschränkte Haft versprach, so ist doch für den älteren Rentenkauf jenes negative Merkmal nach den Untersuchungen von Duncker*) und Stobbe**) wohl allgemein anerkannt.

Die Resultate jener Untersuchungen hier eingehender zu reproduziren besteht kein Anlaß. Eher wird dem einen oder anderen Leser dieser Blätter etwas Neues geboten, wenn ein der heutigen Grundschuld merkwürdig prototypes Denkmal des altdeutschen Rentenkaufs aus jüngster Zeit ausführlicher erwähnt wird.

*) Duncker, Reallasten. Marb. 1837. S. 71 ff., S. 81.

**) Stobbe, Privatrecht Bd. 2 S. 248 ff. und Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 19 S. 201 ff.

Digitized by Google

Es ist das Pfennigzinsrecht der Stadt Danzig. Ein Pfennigzins war dort eine jährliche, durch einen Gültenkaufvertrag bestellte und auf ein Grundstück zur ersten Stelle eingetragene wiederkäufliche Rente. Die ferner eingetragenen Kapitalien hießen erste, zweite, dritte Verbesserung, als sei für sie nur insofern ein Anspruch, als das Grundstück noch besser, das heißt mehr werth sei, als das Pfennigzinskapital*). Die revidirte Willkür von 1597 kodifizirte altes Recht. Das älteste Erbbuch geht von 1415 bis 1633. Die vorzüglichste Abweichung von der ursprünglichen Natur des Rentenkaufs ist die**), daß auch dem Zinskäufer das Recht zustand, den Wiederkauf des Zinses und also sein Kapital zurückzuverlangen, selbst wenn der Zins richtig abgetragen wurde. Pfennigzins- und Verbesserungsgläubiger konnten sich wegen Hauptstuhls und Zinsen, laufender und verfessener, an das Grundstück, aber auch nur an dieses halten, nicht an das übrige Vermögen des Verkäufers oder des zeitigen Besitzers. Wenn Pfennigzinsrechte oder Verbesserungskapitalien bestellt wurden, nahm man über die von unserem Gewährsmann so genannten „Anlehen" und die „Verpfändung" keine schriftlichen Dokumente auf, sondern „creditor" und „debitor" erschienen vor der Erbbuchskommission, gaben ihre Erklärung mündlich ab, die Verschreibung im Erbbuch erfolgte in ihrer Gegenwart, sie wurde vorgelesen, und sofort ein „Erbbuchsextrakt" ertheilt. Ebensowenig war die Uebertragung solcher Kapitalien durch sogenannte Cession und Subinskription an schriftliche Urkunden gebunden. Auctor und Successor erschienen persönlich vor der Erbbuchsbehörde und ließen im Erbbuch das Nöthige vermerken. Es bestand das darin, daß der Name des ausscheidenden Besitzers des Kapitals auf dem Pergamentblatt ausgekratzt, und der Name des Adquirenten mit dem Vermerk des Datums darübergeschrieben

*) vgl. das preußische Landrecht 1721, L. IV, Tit 5, Art. 6, § 6: „einem die Besserung oder Ueberbesserung fürder verpfänden."

**) F. G. Sievert, das Pfennigzins- und Strohwischrecht. Ein Beitrag zum deutschen Privatrecht aus den Statuten der Stadt Danzig. Halle 1802 S. 20, 18, 19, 43, 46. 54.

Digitized by Google

wurde — eine interessante Versinnbildlichung eigentlicher Singularsuccession. Bei dieser Einrichtung war es nicht einmal nöthig, daß der sogenannte „Cedent" das Kapital schon auf seinem Namen stehen hatte, wenn er sich nur zur „Cession" hinreichend legitimiren konnte.

In der 1783 zuletzt revidirten Danziger Willkür lassen sich noch einige Züge dieser Rechtsbildung erkennen.

Der neurevidirten Willkür der Stadt Danzig vom Jahre 1761 mit den Zusätzen von 1783 zweiten Theils, zweiten Kapitels, Art. 8 lautet:

„So wie in Bestätigung der Gelder auf liegende Gründe des creditors Absicht nicht sowohl auf des debitoris Person, als vielmehr auf das Pfand gerichtet ist, also kann, nach Vorschrift der Pfandesgerechtigkeit, kein creditor, der sein Geld auf ein Erbe jure hypothecae hat verschreiben lassen, sich an des debitoris Person, oder anderweitige Güter desselben wegen seines versicherten Geldes halten oder bezahlt machen, sondern ist lediglich an sein Pfand gebunden, aus demselben sich bezahlt zu machen, dergestalt, daß, wenn auch das ihm verpfändete Erbe durch Brand oder andere Unfälle vernichtet würde, er dennoch allein mit dem Grunde sich zu befriedigen gehalten, und irgend einigen Anspruch auf die Person oder Güter des debitoris zu machen keineswegs berechtigt ist. Da aber zwischen dem creditore und debitore etwa eine solche Verabredung geschehen wäre, daß, im Fall ersterer seines jure hypothecae gegebenen Geldes wegen an dem Erbe sich nicht sattsam erholen könnte, er an des debitoris Person oder andere desselben Güter sich zu halten, sollte berechtigt sein, so ist der debitor einem solchen von ihm beliebten Contract zu leisten schuldig und gehalten."

Derselbe Rechtsgedanke, der sich trotz einer undeutschen und unrömischen Jurisprudenz so lange unverkümmert gehalten hatte, der Gedanke der Objektivität des Grundkredits äußert sich, da das Grundstück die Quelle des Einkommens ist, in der Uebereignung des zinsfälligen Grundstücks an den Rentner und in der Befreiung des Schuldners durch Dereliktion. Wenn das Grund-

Digitized by Google

stück derelinquirt wird, geht die Schuld nicht unter. Wenn ein Dritter dasselbe in Besitz nimmt und zu bebauen beginnt, kann der Rentner gegen diesen die Rentenforderung geltend machen.

Man hat diese, mit voller Unwillkürlichkeit überall sich aufdrängende Parallele zwischen der Grundschuld und der Reallast ziemlich allgemein durch die Distinktion zu verschieben versucht, daß die Reallast gerade in ihrer Unlöslichkeit ihren eigenthümlichen Charakter entwickele, während die Grundschuld die Bestimmung habe, durch Zahlung getilgt zu werden.

Indessen wiegt dieses Argument gegen die Verwandtschaft beider Gebilde sehr wenig. Weder die Ewigkeit noch auch die absolute Unkündbarkeit ist ein Kriterium der Reallast.*) Selbst die Dauer der Last ist nach Umständen, z. B. da, wo die Reallast für die Lebenszeit bestellt wird (Witthum und Leibzucht) sehr beschränkt. Schon frühzeitig ist die einseitige Ablösung einzelner Arten Reallasten möglich gewesen: die Bestimmung einer einseitigen Ablösung der Renten Seitens des Besitzers des Grundstücks findet sich im lübischen Recht. In Folge besonderer Verabredung stand dem Besitzer eine solche Befugniß allgemein zu. Seit der P. O. von 1577 ist das Kündigungs- und Wiederablösungsrecht des Rentenschuldners ein allgemeines. Die Löslichkeit ist damit anerkannt; und wenn der Rentenkäufer bis in die späte Zeit hinein nach gemeinem Recht die Ablösung der Pflicht nicht verlangen darf, wenn der R. D. A. von 1600 eine desfallsige Abrede nur unter der Beschränkung zuläßt, daß die Kündigung von dem Verzug des Rentenschuldners abhängig gemacht wird, so ist darin offenbar keine prinzipielle Scheide mehr zu finden. Allerdings wandte man im Mittelalter auf Reallasten gleiche Grundsätze an, wie auf Immobilien, man sprach von einer Gewere, ließ Reallasten auf, betrachtete sie als lehnbares und verpfändbares Objekt, ließ sie durch Verjährung entstehen, forderte bei ihrer Bestellung und Veräußerung die Genehmigung der

*) Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860 S. 153, 220, 259 und öfter.

Digitized by Google

nächsten Erben, brachte auf sie petitorische und possessorische Rechtsmittel zur Anwendung, widerspricht indessen — so darf man um dieser Gleichstellung willen fragen — eine Resolutivbedingung dem Begriff des Eigenthumsrechts?

Die Ausschließung der Kündbarkeit folgt nach Friedlieb nur aus der Natur der der Stiftung der Reallasten zu Grunde liegenden Rechtstitel. Wo nicht die causa eine beliebige Lösung ausschließt, da ist die Reallast nicht nothwendig unkündbar. Damit, daß in der Bewilligung der Eintragung der Grundschuld von der causa derselben abstrahirt wird, ist unmittelbar die Kündbarkeit der Grundschuld gesetzt, abgesehen davon, daß die causa der Grundschuld der Regel nach die Kündbarkeit bedingt.

Praktisch ist für den Eigenthümer die durch die Verkehrsmaschinerie gesteigerte Negoziabilität ein gewisser Ersatz der Unkündbarkeit. Getilgt wird die Grundschuld auch nur in ihrer Sonderexistenz, als Theil des reinen Einkommens, der freien Grundrente, ist sie untilgbar.

Es liegt ferne, mit diesen Betrachtungen die Lösung der Kontroverse über die rechtliche Natur der Reallast zu prätendiren, der ein Bestand bis dahin prognostizirt ist, wo das Rechtsinstitut der Reallast selbst aus dem Privatrecht verschwunden sein wird. Es kommt wesentlich nur darauf an, die Gleichheit der Aufgabe nachzuweisen, welche die Analyse der Grundschuld mit der Frage hat, wie der heutige Rechtsinhalt der Reallast zu denken ist. Erkennt man die Homogenität beider Gebilde an, dann muß der wirthschaftliche Grundgedanke derselbe sein. Eine andere Erklärung dieses physiologischen Grundes als aus dem Begriff der Grundrente ist aber der Natur des Eigenthumsinhaltes nach unmöglich.

Bei der Grundschuld wie bei der Reallast wirkt aus dem Recht ein Bann auf die Sache. Hier wie dort kehrt das erworbene Recht seine Kraft und Spitze gegen die unbestimmte Menge aller Derer, welche später in rechtliche Beziehungen zu der Sache treten*).

*) Hartmann, Obligation. Erl. 1875 S. 138.

Digitized by Google

Die dingliche Natur der Reallast ergiebt sich, wie von Meibom*) erinnert, schon aus der Behandlung derselben im gemeinrechtlichen Konkurs, der die Berechtigung der Last im Ganzen nicht berührt. Die Gesammtberechtigung kann vollständig existiren und durch Klage auf Anerkennung zur Geltung gebracht werden, bevor ein Forderungsrecht auf eine einzelne Leistung zur Existenz gelangt ist. Das dingliche Recht besteht eben darin, daß die Last als Ganzes auf dem Grundstück ruht. Auf dieses dingliche Fundament der Reallast weist auch die Geschichte mit deutlichen Zeichen. Ein Recht auf Handlungen eines Menschen kann man nicht auflassen und noch weniger kann man jemand mit Handlungen einer Person investiren**). Die Einwilligung der nächsten Erben zur Konstituirung der Last, die Haftung des Erben mit dem belasteten Grundstück über den Bestand der Fahrhabe hinaus, der Besitzschutz und die Ersitzung der Last, die Konsolidation, nicht Konfusion der Last — alles das sind Rechtserscheinungen, die anders erklärt werden müssen, als dadurch, daß man nun einmal die Reallasten wie dingliche Rechte „behandelt" hätte.

Wenn die Last im Ganzen bei der Grundschuld wie bei der Reallast dinglich ist, die einzelne Leistung aber obligatorisch, so sollen sich allerdings nicht die einzelnen Leistungen „zusammengenommen"***) als dinglich karakterisiren. Nicht auf dem Boden der Mechanik bewegen wir uns hier, sondern im Getriebe der Dynamik. Der obligatorische Anspruch ist eine Funktion des dinglichen Rechts.

Auch darf man sich das dingliche Recht nicht als die Voraussetzung des persönlichen Rechts als eines anderen†) Rechts denken. Das wären disjecta membra eines Organons. Die Elemente der Last individualisiren sich ja keineswegs zu einer Mehrheit selbständiger Rechtsexistenzen: abgeschlossen als solches existirt das dingliche Recht garnicht, nur als Ferment des ganzen Gebildes;

*) Meibom im Jahrb. d. gem. Rechts von Bekker u. Muther Bd. 4 S. 505.

**) Mann, Untersuch üb. d. Begriff d. Reallasten. Dess. 1873. S. 87.

***) Stobbe, Privatrecht Bd. 2 S. 216.

†) Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860 S. 161.

Digitized by Google

nicht die Voraussetzung des persönlichen Rechts ist das dingliche Recht, sondern dessen elementarer Grund.

Man hat die Unabhängigkeit des dinglichen Rechts von einer Person nach Konstituirung desselben die Souverainetät des dinglichen Rechts genannt. Diese Souverainetät bewährt sich bei der Grundschuld nicht nur im Fall der Herrenlosigkeit des Grundstücks, sie besteht allgemein, weil eine subjektive positive Bindung die Grundschuld überhaupt nicht begleitet. Dadurch, daß ein persönlicher Wechselbezug zwischen Gläubiger und Schuldner bei der Grundschuld fehlt, daß der Grundschuldgläubiger lediglich auf das Grundstück angewiesen ist, tritt er in ein unmittelbares Verhältniß zur Sache. Forderungsrechte gehen in den ihnen entsprechenden Ansprüchen auf, nicht die dinglichen Rechte, nicht die Grundschuld, weil die Grundschuld nicht nur einen Anspruch auf Zahlung, sondern Zahlung in einer bestimmten Priorität nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten gegenüber gewährt. Das Gewaltverhältniß der berechtigten Person zum Gegenstand des dinglichen Rechts, das sich in der Weise äußert, daß die Berechtigung unmittelbar auf das Objekt geht, daß der dinglich Berechtigte ohne Dazwischenkunft einer Person innerhalb der ihm zustehenden Rechtsbefugniß mit diesem Recht schalten und walten kann nach Belieben, besteht auch bei der Grundschuld im Antrag auf Zwangsverkauf und auf Devastationsschutz, nur in bestimmten Grenzen. In dem rechtlichen Bann, den die Eintragung der Grundschuld auf die Sache legt, verpflichtet die Grundschuld wie jedes andere dingliche Recht allgemein jeden und, abgesehen vom Grundstückseigenthümer, auch nur allgemein und auch nicht aus einem besonderen, sondern wie jedes dingliche Recht nur aus dem allgemeinen Grunde seiner gesetzmäßigen Existenz.

Die Grundschuld entsteht durch einseitigen, richterlich durch die Eintragung kompletirten, farmalen Rechtsakt, welcher, wie alle civilistischen Formalakte ein positives Solemnitäts- und ein negatives Kausalitätsmoment*) bietet.

*) Die Terminolbgie rührt von Kuntze her.

Digitized by Google

Ueber das erstere Moment ist nicht viel zu verhandeln. Sein deutsch-rechtlicher Ursprung liegt auf der Hand. Wie das germanische Recht von jeher geneigt gewesen, Bildungen anzuerkennen, welche im römischen Dogmenbau neben Testament, Geldwurf dotis dictio u. s. w. zu stehen kommen*), so hat das deutsche Partikularrecht mehrfach die Existenz der Reallast ausschließlich an die titellose Inskription als Formalakt geknüpft**).

Wichtiger und interessanter ist das zweite Moment, die Abstraktion von dem Spezialmotiv, die Erhebung des Rechts zu einem absoluten.

Zwar ist die Bedeutung der Causa beim Eigenthum und den dinglichen Rechten eine andere als bei den Obligationen. Während bei diesen der Entstehungsgrund die Individualität bestimmt, ist der Begriff des dinglichen Rechts immer derselbe, mag dessen Entstehung auf diesen oder jenen Erwerb gestützt werden. Hier ist die Causa remot, hier ist sie der Rechtsvorgang, durch den man in die Position zur Sache gelangt, dort conceptive Potenz.

Indessen ist die Causa nicht einmal für das Eigenthum, viel weniger für die dinglichen Rechte bedeutungslos***). Es ist möglich, daß das Rechtsgeschäft, auf welches der Erwerb des Sachenrechts sich gründet, der Rescission unterliegt. Es kann auch sonst das erworbene Recht an der Sache rücksichtlich seiner Dauer beschränkt sein. Die Causa der Dos beeinflußt das ehemännliche Eigenthum unmittelbar. Von der Causa hängt es beim Eigenthum ab, welche Anwartschaft der dominus auf die Früchte hat. Zur Causa der Rechtsstellung desjenigen, der vom

*) Kuntze, Inhaberpapiere. Lpzg. 1857 S. 350.

**) Eichhorn, Privatrecht. 4. Ausg. § 163. Stobbe, Privatr. II S. 245. Friedlieb, Reallasten S 246. ff. 326. Die Auflassung ist bei der Rentenbestellung konstatirt, auch wenn kein Rentenkauf vorlag. Schon frühe sind Renten als Schenkung bestellt, dem Schwiegersohn als dos übertragen, im Testament ausgesetzt; als Theil des Kaufpreises bestellt, als Pfand, Leibgedinge bestellt. Stobbe in Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 19 S. 188.

***) Kuntze, Inhaberpapiere S. 233.

Digitized by Google

Nießbraucher oder Pfandberechtigten ein Pfandrecht erwirbt, gehört es, daß der Tod des Nießbrauchers und die Befriedigung des Pfandberechtigten das Pfandrecht zerstört*).

Die dinglichen Rechte auf eine fremde Sache können an eine Verpflichtung, an eine Gegenleistung des Berechtigten geknüpft sein, § 30 Tit. 19 Th. I. A. L. R., und dieses Moment ist von besonderem Einfluß, wo es sich um den Fortbestand des dinglichen Rechts handelt. Hier kann sich der Berechtigte einseitig durch Entsagung oder Nichtgebrauch des Rechts nicht von seiner Verpflichtung freimachen, §§ 182, 183 Tit. 21 a. a. O., und erhält sich andererseits sein nicht eingetragenes Recht selbst, wenn er es nicht gebraucht, so lange er die Gegenleistung erfüllt. § 32 Tit. 19 Th. I. A. L. R.**).

Die Abstraktion von der Causa nähert das dingliche Recht ebenso wie das persönliche Recht dem formellen Urtelsrecht an, indem es einerseits neben dem faktischen Rechtsbestande (wenn ein solcher überhaupt vorhanden, was bei der Grundschuld nicht immer nothwendig) ein neues, von diesem unabhängiges Recht konstituirt und dieses andererseits annähernd wie das Urtheil mit der Fiktion der Wahrheit bekleidet***).

Es ist nichts Aeußerliches, was diesen Rechtsvorgang treibt, nichts, was insbesondere mit der Grundbuchverfassung tiefer zusammenhängt, als daß der Mechanismus derselben die conditio sine qua non der formellen Entstehung ist. Die causa efficiens ist das voluntare Element.

Niemand zweifelt, und schon die Klassifikation der alten bonae fidei und stricti judicii actiones und die Verwandlung der bonae fidei obligationes mittelst stipulatio beweist es, daß der Rechtswille der Kontrahenten den Gehalt der Obligation zur Vereinfachung des Rechtsverhältnisses und des künftigen richterlichen Amts, zur Vermeidung von Ueberschreitungen des Gläu-

*) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Lpz. 1873. S. 93.

**) Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht I. Lpz. 1877 Seite 422 Anm. 17.

***) Bähr, Anerkennung. 2. Aufl. 1867 S. 52, 182.

Digitized by Google

bigers und von Ausflüchten des Schuldners mit voller Genauigkeit feststellen und von ihrem faktischen Bestand isoliren kann*). Hat der Wille die Fähigkeit, die innige Verbindung**) des obligatorischen Versprechens mit dem Rechtsgrund zu lösen und das einfache Versprechen mittelst eines reinen Vertrages (wie Windscheid sagt) zum selbständigen Obligationsgrund zu erheben, so ist nicht abzusehen, warum derselbe Wille nicht den entfernteren Zusammenhang des dinglichen Rechts mit seiner Causa aufheben und das dingliche Recht in gleicher Weise auf diesen rein voluntaren Grund stabiliren könnte. Vermöge dieses voluntaren Vorgangs gelangen wir in der Grundschuld zu einem reinen dinglichen Recht auf einen Theil fremder Bodenrente und das demselben korrespondirende Stammkapital. Der Bestimmungsgrund hat hier, wie bei der Obligation, „nur insofern Bedeutung, als bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, das heißt wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen, nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung angefochten werden kann***)."

Indem dieses Kausalitätsmoment im Anschluß an Kuntze's Terminologie als ein negatives bezeichnet wurde, sollte damit nur das Verhältniß des Rechts zur causa specialis angedeutet werden. Die bloße Negation kann keine rechtschaffende Kraft entwickeln. In der That liegt, genau gesehen, in diesem negativen Kausalitätsmoment ein höchst positives Element: die Zurückstellung der Causa. Aeußerlich kann man darum die Bewilligung der Eintragung der Grundschuld als eine Bescheinigung der Erledigung der Causa auffassen.

Daß im deutschen Rechtsverkehr und zwar hauptsächlich bei Rentenkäufen bereits seit dem Anfang des 14. Jahrhunderts Inhaberpapiere nicht selten vorgekommen, hat Duncker†) nachgewiesen. Der Gläubiger konnte sein Recht nicht nur durch Auf-

*) Puchta, Pandekten. 12. Aufl. bes. v. Schirmer. Lpz. 1877. § 236 S. 365—66.

**) Bähr, Anerkennung. 2. Aufl. 1867 S. 169.

***) Windscheid, Pandekten. 5. Aufl. Bd. 2 § 364.

†) Zeitschrift für deutsch. Recht Bd. 5 S. 32—44, vgl. auch Bd. 11 S. 475.

Digitized by Google

lassung, sondern auch durch Tradition des Rentenbriefs übertragen. Oft wurden die Rentenbriefe gleich zu Gunsten eines benannten Gläubigers und des späteren Besitzers der Urkunde ausgestellt. Auch wenn die Urkunde nur einen Gläubiger benannte, betrachtete man sie an manchen Orten wie ein Inhaberpapier. Sehr oft wird verkauft die Rente von, ab und aus dem Hause in crafft des Briefs.

Die Verkehrsbedeutung des Rentenkaufs dürfte kaum zu überschätzen sein. Die Zähigkeit, mit der das Institut sich gegen das andringende römische Recht und das kanonische Verbot der usuraria pravitas wehrte, ist ein historisches Zeugniß seiner geistigen Gesundheit. Duncker behauptet mit gutem Grunde einen sehr häufigen Gebrauch des Rentenkaufs noch im 16. Jahrhundert und zweifelt nicht, daß der Rentenkauf noch das 17. und 18. Jahrhundert hindurch in Uebung gewesen. In einem Göttinger Rathsbuch hat er unter 300 Rentenkaufsverbriefungen vom Jahre 1511 bis 1583 nicht eine hypothekarische Schuldforderung gefunden. Trützschler bezeugt, daß in vielen deutschen Provinzen, wo Gülten bei Konkursen in die erste Klasse gesetzt würden, die Rechnungsbeamten, Kirchenvorsteher, Administratoren milder Stiftungen angewiesen waren, nicht anders als gegen Wiederkäufe Kapitalien auszuleihen.

So lange für die Schulden eines Verstorbenen nur der Mobiliarnachlaß haftete, lag es allerdings nahe, die Haftung der Immobilien durch ein Rechtsgeschäft herbeizuführen. Die Schwierigkeit des Beweises der Forderung scheint mitgewirkt zu haben. Außerdem konnte eine Hypothek durch eine privilegirte Hypothek entkräftet werden, die Forderungen der ersten Konkursklasse gingen derselben stets vor, der dritte Besitzer des Grundstücks hatte gegen die Hypothek die Einrede der Vorausklage (darauf macht Mevius ausdrücklich aufmerksam), und endlich hatte der Darlehnsgläubiger ein Recht der Kündigung. Eine Rente, bei der alles das nicht der Fall war, und die nicht einmal durch den Konkurs fällig wurde, überhob zudem den Geschäftsunkundigen der Mühe und Unsicherheit der Wiederbelegung, während andererseits die Steige-

Digitized by Google

rung der Sicherheit, welche in dem Zuspruch des Grundstücks lag, von einem neueren Nationalökonomen als die denkbarste Potenzirung des Realkredits bezeichnet wird. Partikularrechtlich war es sogar verboten, aus demselben Hause mehrere Renten zu versprechen, allgemein oder mit der Beschränkung der Einwilligung des ersten Rentners, da diesem bei der Nichtzahlung das ganze Haus zugesprochen und seine Einwilligung als Versprechen der Zahlung der zweiten Rente nach dem Zuspruch des Hauses ausgelegt wurde. Anderwärts gestattete man es, das Grundstück mit einer zweiten Rente soweit zu belasten, als es mehr werth war als die erste Rente, während wieder andere Rechte die mehreren Rentengläubiger allerdings gleichmäßig ohne Rücksicht auf das Alter befriedigen ließen. Nicht zum Mindesten dürfte der Vortheil des rascheren Umsatzes der Rentenbriefe mitgewirkt haben, während andererseits auch die Zinsverbote als ein beiläufiges Motiv zur Ausbildung und Verbreitung des Rentenkaufs erscheinen. Wichtiger vielleicht als alles das war die allgemeine Verkehrsanschauung, nach welcher nur der Grundbesitz und die Theilhaberschaft an den Erträgen des Grundbesitzes als ein unvergängliches Vermögen galt. So anders die Züge des heutigen Verkehrs, so wenig ist die Bedeutung des reinen Realkredits für die Gegenwart zu verkennen.

Es scheint nicht unnützlich, bei einer Erörterung der Prinzipien der Entwickelung des reinen Immobilarkredits, welche als Emanzipation des Realkredits bezeichnet werden darf, das römische Immobiliarkreditrecht als Gegenbild im Auge zu halten, dasjenige System, welches den Accessionskarakter des Hypothekenrechts am Vollsten konservirt hat.

Man hat von einer Selbstvernichtung des Pfandrechts in der alten Welt gesprochen. Der Hauptgrund und die tiefere Ursache dieser Versumpfung des alten Rechts war freilich die Selbstvernichtung des römischen Grundeigenthums. Unheimliche Denkmale aus dieser Zeit der Verlebtheit, wo die Domainen der Kaiser in das Riesenhafte wuchsen, der Grundbesitz der Großen in sämmtlichen Theilen des Reichs zu einer politischen Macht wurde, und

Digitized by Google

der für damalige Verhältnisse kleine Grundbesitzer, der allein den Immobiliarkredit hätte benutzen können, zu einer problematischen Existenz herabsank, enthalten unsere Rechtsquellen, insbesondere die Titel der Codices de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur, ut nemo ad suum patronicium suscipiat rusticos vel vicos eorum (Cod. Just. 11, 58 und 53), de patroniciis vicorum (Cod. Theod. 11, 24). Aurelian ertheilte einen durch Konstantin wiederholten Befehl, die städtischen Senate wegen wüste gelassener Besitzungen, für welche sich die Herren nicht wiedergefunden haben, zu den Abgaben anzuhalten, Valentin und Valens hielten es für passend anzuordnen, daß jeder, welcher verlassene Grundstücke wieder in Kultur nehmen wollte, erst durch Bürgen oder Pfand Sicherheit gegen Wiederverlassung dieser Grundstücke stellen sollte. Mehrere Kaiser bestimmten, daß jeder Pächter fruchtbarer Kommunalländereien zur Vermeidung der Entsetzung unfruchtbare Aecker mit in Kultur nehmen solle; Arkadius und Honorius bestimmten, daß, wer fruchtbare Landgüter in Besitz habe, die zu denselben Landkomplexen gehörigen unfruchtbaren Ländereien übernehmen müsse. Dieselben veranstalteten einen allgemeinen öffentlichen Aufruf der Eigenthümer aller verlassenen Ländereien, ebenso Theodosius. Alles Bestimmungen, welche durch das kurzsichtigste und einseitigste Steuerinteresse diktirt waren. Nach Konstantin erscheint in den Gesetzen ein Patrocinium der Vornehmen, dem sich kleinere Eigenthümer ergaben, um Vertretung und Schutz den Zöllnern gegenüber zu erlangen. Die Gesetzgebung wußte nichts Weiseres, als dieses Patrocinium einfach zu verbieten: der Notar, welcher solchen Vertrag aufzunehmen sich unterstanden, sollte mit Verlust seines Vermögens gestraft werden, die Besitzungen derjenigen, welche sich in das Patrocinium des Anderen begaben, sollten konfiszirt werden. Der Andere, welcher die Steuerpflicht dieser gegen eine Abgabe übernommen hatte, sollte, falls er von höherem Stande, eine Buße von hundert Pfund Gold erlegen, falls er von mittelmäßigem Vermögen, mit dem Verlust seiner Habe gestraft werden.

Digitized by Google

Zu dieser Unsicherheit des Grundeigenthums kam dessen Unsichtbarkeit. Der Pfandgläubiger konnte nicht leicht feststellen, ob der Verpfänder Eigenthümer war. Es konnte zwischen zwei Interessenten eine Kaufs-Causa bestehen und dennoch nur eine Sachübergabe zu Detention oder Besitz stattfinden. Der Käufer konnte die Sache bis zur Preiszahlung miethen und in Folge dessen ohne animus transferendi et accipiendi dominii ausgeantwortet erhalten. Verkauf und Uebergabe durch einen Stellvertreter brachte, wenn demselben die Uebergabe in letzter Stunde untersagt war, keinen Eigenthumsübergang zu Wege. Beim pactum reservati dominii ging das Eigenthum trotz causa und traditio niemals über*). Unverkennbar ist außerdem die allgemeine Unbestimmtheit und Verflüchtigung des Besitzes und der Tradition bei offenen Grundstücken, eine Unsicherheit und Unerkennbarkeit, welche den Bedürfnissen dinglicher Rechtsnaturen direkt widerstrebt. Die so genannte Thatsache der Besitzübertragung, die, schon abgesehen von den Komplikationen des Mitbesitzes und des Besitzes an Grundstückstheilen, selbst für den Augenzeugen schwer erkennbar ist, wie geschehen ist, dafür als Beweis und Garantie aufzufassen, daß der vorige Eigenthümer nicht bloß habe veräußern wollen, sondern wirklich veräußert habe, ist nichts als theoretische Grille.

Die Verpfändung durch den Nichteigenthümer gab dem Gläubiger kein Pfandrecht und nur, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses Letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache.

Zu dieser Unsichtbarkeit des Eigenthums gesellte sich eine verhängnißvolle Verschleierung der Hypotheken, welche um so unglücklicher wirkte, als das einzige schwächliche Gegenmittel, die kriminelle Strafe betrüglicher Verpfändung, nicht anwendbar war in Beziehung auf gesetzliche Pfandrechte und solche, welche von dem Vorgänger des Verpfänders herrührten. Leo's Versuch, eine

*) Leist, Mancipation u. Eigenthumstradition. Jena 1865 S. 205—207.

Digitized by Google

Pfandrechtspublizität zu schaffen, deren Verhältniß zu den gesetzlichen Hypotheken vielleicht selbst den Zeitgenossen nicht klar gewesen, deren einziger reeller Vortheil in der Verhütung betrüglicher Zurückdatirungen bestanden zu haben scheint, ist eine reine Velleität geblieben; die öffentliche Vorladung der Pfandgläubiger beim Verkauf (l. 6 Cod. de remissione pignoris, 8, 26) war aber ein zweischneidiges Instrument.

Ueber die römische Pfandrechtsordnung hat Thibaut*) das letzte Wort gesprochen. „Alle Privilegien, welche frühere wohlerworbene Rechte brechen oder willkürlich beschränken, sind eine wahre Pest. — — Allein was ist unter den Kaisern geschehen, und bis zu welcher grenzenlosen Unverschämtheit ist die Sache getrieben! Der Fiskus erscheint vor allen Dingen hoch begünstigt. — — Zu jener Schamlosigkeit sind denn noch allerlei läppische Mildigkeiten hinzugekommen, wohin ich namentlich das privilegium dotis der Ehefrauen rechne. — — Allein so sollte es nun einmal sein: ein Privilegium hinter dem andern, eines wieder über das andere, und das ganze Sicherheits-System so durchlöchert, daß die Gesetzgebung am Ende sich selbst ein testimonium paupertatis ausstellen mußte. Denn so kann man doch wohl die Vorschrift der Nov. 72 cap. 6 nennen, daß in der Regel, wegen der Gefährlichkeit des Ausleihens, Mündelgelder ruhig in dem Kasten des Vormunds liegen bleiben sollen!"

Zu alledem kam die Duplizität der Geltendmachung des Pfandrechts, indem zur Begründung der dinglichen Pfandklage sowohl der Beweis der giltigen Verpfändung als auch der der Entstehung der Forderung erforderlich war, der durch die Wucht seiner Logik bedeutsame aber höchst unpraktische Satz, daß der nachstehende Pfandgläubiger garnicht, jedenfalls nicht mit bleibender Wirkung dem vorgehenden Pfandgläubiger gegenüber, verkaufen konnte, der zweijährige Indult, der den Verkauf aufschob, das Recht des Schuldners, noch binnen zwei Jahren nach zuge-

*) Thibaut, civilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814. S. 308 ff.

Digitized by Google

sprochenem Eigenthum das Pfand wiedereinzulösen, und die schließliche Eviktionspflicht des verkaufenden Pfandgläubigers, daß nicht ein anderer ein besseres Pfandrecht hat.

Die weitere Entwickelung des deutschen Rechts hat Sohm*) in seinem Aufsatz über Natur und Geschichte der modernen Hypothek mit folgenden Strichen gezeichnet: „Das deutsche Recht hat das Wesen des Gegensatzes zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen getroffen. Die Mobilie ist Kapital, nicht Rentenfonds, das Grundstück ist Rentenfonds, nicht Kapital. Von dem so herausgestellten System des mittelalterlichen Satzungsrechts aus wird seine Geschichte verständlich.

In den deutschen Städten ist das Machtverhältniß von Kapital und Grundbesitz revolutionirt worden. Die Großmachtstellung des Grundbesitzes geht unter, und die Großmacht des modernen Verkehrs, das Kapital, kündigt sich an. In den Städten wird das bewegliche Kapital dem Grundbesitz ebenbürtig, ja es beginnt bereits denselben zu überflügeln. Eine Revolutionirung des Privatrechtes ist die Folge. Das von den Vätern ererbte bäuerliche Landrecht wird in den Städten in bürgerliches Recht (ius civile) verwandelt. Das Symptom dieser Umwälzung ist das Verschwinden der Privilegien des Grundbesitzes. Wie im römischen Stadtrecht, wird auch in den deutschen Städten der Gegensatz beweglichen und unbeweglichen Vermögens nivellirt. Auf dem Gebiete des Erbrechts, des ehelichen Güterrechts stellt sich das bewegliche Kapital dem Grundbesitz gleich, und die volle Veräußerungsfreiheit, welche von je das Mobiliarsachenrecht charakterisirte, wird auf das Immobiliarsachenrecht übertragen. Vor allem mußte das Satzungsrecht von dieser Reform betroffen werden. Der städtische Grundbesitz ist dem Kapital gleich. Der Grundbesitz in der Stadt wird, wie er durch Kapital sich erzeugt, (das Haus), so als Kapital gedacht und als Kapital

*) Grünhut's Zeitschrift Bd. 5 S. 14—24.

Digitized by Google

behandelt. Die Motive, welche der Immobiliarsatzung des Landrechtes ihr Gepräge gaben, sind in den Städten wegfällig geworden. Das städtische Grundstück ist, weil *Kapital*, so auch *Zahlungs- und Exekutionsobjekt*. Neben der Immobiliarsatzung nach Landrecht entsteht eine neue Mobiliarsatzung nach *Weichbildrecht*, und das Charakteristische dieser städtischen Immobiliarsatzung ist, daß sie eine Immobiliarsatzung nach Mobiliarsatzungsrecht darstellt.

Das Räthsel, in welches bisher die Entstehung der „neueren" Immobiliarsatzung gehüllt war, ist durch diese Thatsache gelöst. Die sogenannte „neuere" Satzung von Grundstücken, welche als die Satzung nach Stadtrecht von der „älteren" als von der Satzung nach Landrecht sich unterscheidet, ist die nothwendige Folge der Gesetze *städtischer* Wirthschaft und repräsentirt, gleich anderen Erscheinungen des Stadtrechts, die von Rechtswegen eintretende *Mobilisirung des immobilen Vermögens*. Die „neuere" Satzung ist nichts anderes als die in den Städten aufgekommene Satzung des Grundstücks „zu Küstenpfandesrecht", die Satzung des Grundstückes als *fahrende* Habe.

Demgemäß bedeutet die Immobiliarsatzung des Weichbildrechts eine Satzung als Anweisung eines Exekutionsobjekts. Sie sichert dem Gläubiger die Zahlung seines Kapitals. Ihre Wirkung ist (dem Exekutionsverfahren entsprechend) bald Uebereignung des Grundstückes, bald (und dies wird die Regel) die Distraktion...

Die Wirkung der Satzung war der Exekutivprozeß: anstatt der Klage aus der Schuld bedurfte es nur des Exekutionsantrages von Seiten des Gläubigers, des Antrages, das durch die Satzung bereits begonnene Exekutionsverfahren fortzusetzen. Zum andern bewirkte sie, gleichfalls nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen, einen *Vorzug* in der Exekution gegenüber allen denen, welche erst später zur Erwirkung eines Arrestes auf dasselbe Grundstück gelangten.

Die Satzung zu Exekutionsrecht war ein Rechtsgeschäft nicht des Privatrechtes, sondern des Prozeßrechts. Sie erzeugte lediglich in Benutzung des dispositiven Charakters des deutschen Pro-

Digitized by Google

zeßrechtes eine bestimmte prozessualische Lage, und damit bestimmte prozessualische Vortheile für das bereits bestehende Forderungsrecht.

Dieser mittelalterlichen Auffassung der Satzung als Anweisung eines Exekutionsobjektes ist vor Allem eine Consequenz eigenthümlich: die Beschränkung des Schuldners in der Disposition über das gesetzte Grundstück. . . . . .

An dieser Stelle hat die spätere Entwickelung geändert. Die Veräußerung an den Dritten ist freigegeben worden, aber nur, um zugleich aus der Satzung eine privatrechtliche Belastung des Grundstückes hervorgehen zu lassen, kraft deren der Dritte als solcher in Anspruch genommen werden kann.

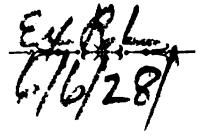
Damit war das Wesen des Rechtsgeschäftes ein anderes geworden. Die Satzung ist keine Beschlagnahme, ist kein Beginn der Exekution, ist kein Conventionalarrest mehr, aber Entstehungsgrund einer Reallast im untechnischen Sinne des Wortes. Die Satzung ist nicht mehr ein prozessualisches, sondern ein privatliches Rechtsgeschäft. Aus der mittelalterlichen Satzung zu Exekutionsrecht ist damit die moderne Hypothek hervorgegangen. Der hervorgehobene neue Rechtssatz hat, unsere Hypothek von dem mittelalterlichen Rechtsgeschäft unterscheidend, das Wesen des ganzen Rechtsverhältnisses in die uns jetzt geläufige Form gebracht. Noch sind die Nachwirkungen des mittelalterlichen Satzungsrechts in der heutigen Hypothek erkennbar, aber dem mittelalterlichen Geist ist eine neue Gestalt gegeben."

So gelangt Sohm auf einem anderen als dem hier eingeschlagenen Wege zu demselben Resultat.

Man hatte sich in einer längst vergangenen Zeit gewöhnt, die Reallasten als morsche Ruinen zu betrachten, deren Zerstörung parallel gehe mit den Fortschritten der Volkswohlfahrt; und die spätere Gesetzgebung hat nicht immer es verstanden, die gesunden Kerne aus dieser Frucht der Aufklärungsperiode herauszuschälen. So manche ländliche Arbeitsstätte im Osten des Vaterlandes ist beispielsweise nach Aufhebung der Erbpacht allgemach verödet. Ist es richtig, daß die Grundschuld des deutschen Gesetzbuches

Digitized by Google

auf dem Grundgedanken der Reallast ruhet, dann darf man in der Thatsache, daß der Rechtsgedanke das zweite Mal ohne das Bewußtsein des Gesetzgebers von seinem Zusammenhang mit jener seiner ersten Erscheinung hervorgetreten ist, den sichersten Beweis seiner inneren Kraft und seiner geschichtlichen Berechtigung erblicken.



Druck von Bajanz & Studer. Berlin.

Digitized by Google

Verlag von **Hermann Bahr** in **Berlin:**

1. **L. Kühnast.** Das Erbrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Mit 1 Tafel. 1888. 6½ Bogen 8°. Preis 2 Mark 40 Pf.

---

2. **L. Kühnast.** Die Grundschuld des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Kritisch-dogmatische Darstellung. 1888. 6½ Bogen 8°. Preis 2 Mark 40 Pf.

Eine Vorarbeit des Verfassers ist 1878 im Verlage von J. Guttentag unter dem Titel: Untersuchung des Grundschuldbegriffs, civilistisch-ökonomische Abhandlung, in zweiter Auflage erschienen und in Rassow's und Küntzel's Zeitschrift wie folgt rezensirt:

„Sehr erfreulich ist es, daß der Verfasser dieser Schrift, auf deren Werth und Gehalt wir bei der Anzeige ihrer ersten Auflage im 22. Jahrgange S. 479 aufmerksam gemacht haben, so schnell in die Lage gekommen ist, eine zweite erweiterte Ausgabe derselben zu veranstalten . . . .

„Auch im Uebrigen tritt durchweg eine noch reichlichere Benutzung der Literatur hervor. Eine Anzahl von Zusätzen gilt ferner der Abwehr von Einwürfen, welche dem Verfasser „von hochbedeutender Seite" (wir greifen wohl nicht fehl, wenn wir dabei an Windscheid denken) gemacht worden sind (cfr. S. 12, 34). Andere Abschnitte der Schrift sind gefeilt und überarbeitet. Das Interesse an der Schrift wächst, je mehr man sich in die Entwickelungen des Verfassers vertieft. Man erkennt immer mehr, wie sehr durch dieselbe die Lehre von der Grundschuld gefördert worden ist. Möge sie von Neuem Allen empfohlen sein, welche dieser Schöpfung der preußischen Gesetzgebung — allem Anscheine nach zugleich der Grundlage unserer künftigen deutschen Hypothek — den ihr gebührenden Werth beilegen. Küntzel."

Digitized by Google

Verlag von **Hermann Bahr** in **Berlin:**

Achilles bemerkt in der dritten Ausgabe seines Kommentars zu den preußischen Grundeigenthumsgesetzen S. 163:

„Dem Gedanken, welchen Buchka und Andere nur schüchtern andeuten, hat **Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs,** in ebenso geistreicher wie scharfsinniger Weise Gestalt gegeben.

Kühnast geht davon aus, daß nach deutschrechtlicher Anschauung der Bezug der Grundrente ein Recht des Grundeigenthümers ist. Er faßt jedoch dieses Recht nicht als ein integrales, sondern als ein pertinenzielles Moment des Eigenthums auf. Ein Prinzip, welches ein Recht auf Einkünfte verleiht, giebt auch ein Recht auf den Stammwerth, aus welchem die Einkünfte sich bilden. Daher hindert nichts, jenes Moment des Eigenthums „in einem beliebigen, von Hypotheken und Reallasten ungebundenen Theil der Grundrente in ihm selbst und in dem ihm entsprechenden Stammkapital äußerlich — grundbuchmäßig — zu fixiren und damit für dasselbe eine besondere Existenz- und Rechtsverkehrsform zu fixiren.

„Die Eintragung der Grundschuld des Eigenthümers als eines Kapitals und Zinsen entspricht dem Begriff der natürlichen Kapitalrente. In ihr lebt der Grundgedanke der Reallast; denn die juridische Selbstständigkeit des Eigenthumsertragsmoments ist auch die begriffliche Voraussetzung der in der Stiftung der Reallast liegenden Disposition des Eigenthümers über sein Eigenthumszinsrecht."

„In fremder Hand funktionirt dieses Recht, welches ein Recht auf einen Theil einer fremden Grundrente geworden, selbstständig, weil der Einkommensbezug aus dem Komplex der Eigenthumselemente auch thatsächlich getrennt ist. Es funktionirt in obligatorischen Ansprüchen, weil die effektive Theilung der Grundrente eine persönliche Thätigkeit erfordert."

---

3. **L. Kühnast,** Kritik moderner Rechtsphilosophie. Berlin 1887. 6 Bogen 8°. Preis 2 Mark.

„Kühnast, Kgl. Landrichter, giebt uns in vorliegendem Werkchen nicht nur eine scharfsinnige, einschneidende Kritik, sondern auch eine vorzügliche Zusammenstellung moderner Rechtstheorien. Er führt uns immer in den Mittelpunkt, den Brennpunkt der betreffenden Systeme ein und bespricht die Hauptprobleme des Rechts im Lichte der Theorieen."

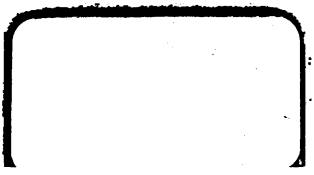
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google